



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Den enskildes samtycke till kroppsbesiktning

Vilken rättslig betydelse har det?

Tillämpade studier inom juristprogrammet,
Juridiska institutionen vid Göteborgs universitet

Författare: Anna Bernhardsson
Handledare: Gösta Westerlund
Ämne: Straffrätt
30 högskolepoäng

Sammanfattning

I denna uppsats behandlar jag den rättsliga regleringen som omgärdar kroppsbesiktning och de rättsliga förutsättningarna för att genomföra denna åtgärd med tvång. Vidare behandlas frågan huruvida kroppsbesiktning får genomföras med stöd av ett samtycke från den enskilde. Det föreligger ett oklart rättsläge i denna fråga och syftet med denna uppsats är att utreda betydelsen av ett samtycke från den enskilde till kroppsbesiktning. Vilka rättsliga konsekvenser får det att den enskilde lämnar sitt samtycke till kroppsbesiktning? Är frågan om samtycke relevant? I denna del redogörs för de åsikter som framförts i frågan samt mina egna uppfattningar.

I Regeringsformens 2 kap. och i Europakonventionen återfinns de grundläggande fri- och rättigheterna som den enskilde åtnjuter gentemot det allmänna. En av dessa rättigheter är skyddet i 2 kap. 6 § RF mot påtvingade kroppsliga ingrepp. Detta skydd får enligt 2 kap. 12 § RF begränsas genom lag. Kroppsbesiktning enligt 28 kap. RB utgör en sådan begränsning.

Kroppsbesiktning utgör ett straffprocessuellt tvångsmedel vilket karaktäriseras av att det är en åtgärd som utgör ett direkt ingripande mot person som företas i myndighetsutövning och som utgör intrång i en persons rättssfär. Ett straffprocessuellt tvångsmedel syftar till att underlätta förundersökning och rättegång, eller att säkra verkställighet av dom i brottmål. För att få använda ett sådant straffprocessuellt tvångsmedel krävs att förundersökning är inledd.

Kroppsbesiktning får utföras enligt tre bestämmelser i 28 kap. RB. Den första formen av kroppsbesiktning avser en undersökning av människokroppens yttre och inre samt tagande av prov från människokroppen och undersökning av sådana prov, på den som är skäligen misstänkt för ett brott på vilket fängelse kan följa enligt 28 kap. 12 § RB. Den andra typen av kroppsbesiktning avser salivprov för kontroll och registrering i DNA-register på den som är skäligen misstänkt för ett brott på vilket fängelse kan följa enligt 28 kap. 12a § RB. Vidare kan kroppsbesiktning ske genom salivprov på annan än den som är skäligen misstänkt om syftet är att genom en DNA-analys underlätta identifiering vid utredning av brott på vilket fängelse kan följa, och det finns synnerlig anledning att anta att det är av betydelse för utredningen av brottet enligt 28 kap. 12b § RB. Uppgifterna som framkommer genom en kroppsbesiktning kan lagras i, eller jämföras med uppgifterna i något av de register som förs enligt polisdatalagen.

I polisdatalagen finns tre olika register som innehåller uppgifter om DNA-analyser i brottmål. DNA-registret enligt 23 § polisdatalagen får innehålla uppgifter om resultat av DNA-analyser som avser personer som dömts till en annan påföljd än böter eller personer som har godkänt ett strafföreläggande som avser villkorlig dom. Utredningsregistret får enligt 24a § polisdatalagen innehålla uppgifter om resultatet av DNA-analyser som avser personer som är skäligen misstänkta för ett brott på vilket fängelse kan följa. I spårregistret enligt 25 § polisdatalagen uppgifter finnas om DNA-analyser som har gjorts under utredning

av brott och som inte kan hänföras till en identifierbar person. Dessa uppgifter får finnas kvar i registren under olika lång tid.

Beträffande kroppsbesiktning finns dock en fråga som inte är reglerad i lag. Denna fråga är vilken rättslig innebörd ett samtycke från den enskilde till ett ingripande som utgör kroppsbesiktning har. Rättsläget kan här betraktas som oklart och frågan har diskuterats i olika lagstiftningsärenden och i doktrinen under en längre tid.

Lagstiftaren har uttalat att den enskildes skydd i 2 kap. 6 § RF endast omfattar påtvingade kroppsliga ingrepp, och att ett samtycke från denne därför innebär att tvångsmomentet saknas och det då inte är fråga om tvångsmedelsanvändning. Vid frivilliga ingrepp är det således enligt denna tolkning inte fråga om någon inskränkning i det grundlagsenliga skyddet. De rättsliga konsekvenserna av denna tolkning är att den enskilde genom sitt samtycke kan avstå sin grundlagsenliga rätt till skydd mot kroppsbesiktning. Vidare innebär tolkningen att det vid frivilliga ingripande inte är fråga om tvångsmedelsanvändning och att regelverket kring kroppsbesiktning inte behöver iakttas.

Lagstiftarens uttalande har kritiserats av många författare i doktrinen. De menar att det skulle strida mot de bakomliggande tankarna för de mänskliga fri- och rättigheterna om den enskilde genom samtycke skulle kunna avstå från detta skydd. Vidare anses att polismän som ingriper i myndighetsutövning rent faktiskt ger uttryck för samhällets maktbefogenheter, oavsett om tvång måste tillgripas, och att den enskilde också torde uppfatta situationen så. Den enskildes underläge medför att det aldrig kan bli tal om någon egentlig frivillighet från den enskildes sida.

Några författare anser dock att situationen är annorlunda vid verklig frivillighet från den enskildes sida då detta manifesterar sig i en form av begäran att få åtgärden utförd. Andra författare framhåller svårigheterna med att i efterhand ta reda på om ett samtycke verkligen har lämnats frivilligt och inte är ett resultat av otilbörliga påtryckningar.

De rättsliga konsekvenserna av tolkningen av påtvingade kroppsliga ingrepp enligt 2 kap. 6 § RF som författarna i doktrinen förespråkar innebär att ett samtycke från den enskilde till kroppsbesiktning inte bör tillmätas någon betydelse. Den enskilde kan enligt denna tolkning inte avstå sin grundlagsenliga rätt till skydd mot kroppsbesiktning genom ett samtycke och åtgärden utgör trots samtycket tvångsmedelsanvändning. Reglerna kring kroppsbesiktning skall därför följas även i sådana fall.

Jag håller med författarna i doktrinen och anser inte att den enskilde bör kunna avstå sin grundlagsenliga rätt till skydd mot kroppsbesiktning genom att samtycka till en sådan åtgärd. En sådan ordning skulle strida mot de bakomliggande tankarna för de mänskliga fri- och rättigheterna och riskera att allvarligt urholka grundlagsskyddet. I förhållandet mellan den enskilde och det allmänna är den enskilde i ett sådant underläge att det i den här typen av situationer aldrig kan bli tal om någon egentlig frivillighet från den enskildes sida. Jag anser att den enskildes underläge gentemot det allmänna också är skälet till att den enskildes

fri- och rättigheter alltid bör skyddas, oavsett om den enskilde samtycker till en åtgärd som begränsar dessa.

Frågan om betydelsen av den enskildes samtycke till kroppsbesiktning är i mitt tycke relevant eftersom den berör hur långt skyddet för den enskildes fri- och rättigheter sträcker sig, och om den enskilde bör skyddas även mot sin vilja.

Innehållsförteckning

.....	1
<u>Den enskildes samtycke till kroppsbesiktning.....</u>	<u>1</u>
<u>Vilken rättslig betydelse har det?.....</u>	<u>1</u>
<u>Tillämpade studier inom juristprogrammet.....</u>	<u>1</u>
<u>Juridiska institutionen vid Göteborgs universitet.....</u>	<u>1</u>
<u>Sammanfattning.....</u>	<u>2</u>
<u>Innehållsförteckning.....</u>	<u>5</u>
<u>Förkortningar.....</u>	<u>7</u>
<u>1 Inledning.....</u>	<u>8</u>
<u>Bakgrund.....</u>	<u>8</u>
<u>1.2 Syfte och frågeställningar.....</u>	<u>9</u>
<u>1.3 Metod och disposition.....</u>	<u>9</u>
<u>1.4 Avgränsningar.....</u>	<u>9</u>
<u>2 De grundläggande fri- och rättigheterna.....</u>	<u>10</u>
<u>2.1 Regeringsformen.....</u>	<u>10</u>
<u>2.2 Europakonventionen.....</u>	<u>11</u>
<u>3 Principer av betydelse för tvångsmedelsanvändning.....</u>	<u>12</u>
<u>3.1 Allmänt.....</u>	<u>12</u>
<u>3.2 Legalitetsprincipen.....</u>	<u>13</u>
<u>3.3 Ändamålsprincipen.....</u>	<u>13</u>
<u>3.4 Behovsprincipen.....</u>	<u>14</u>
<u>3.5 Proportionalitetsprincipen.....</u>	<u>15</u>
<u>3.6 Objektivitetsprincipen.....</u>	<u>15</u>
<u>3.7 Hänsynsprincipen.....</u>	<u>16</u>
<u>3.8 Likhetsprincipen.....</u>	<u>16</u>
<u>4 De straffprocessuella tvångsmedlen.....</u>	<u>16</u>
<u>4.1 Allmänt.....</u>	<u>16</u>
<u>4.2 Definitioner.....</u>	<u>16</u>
<u>4.3 Tvång.....</u>	<u>17</u>
<u>4.4 Ingrepp i den enskildes rättssfär.....</u>	<u>18</u>
<u>4.5 Syften bakom de straffprocessuella tvångsmedlen.....</u>	<u>18</u>
<u>4.6 Fyra typer av straffprocessuella tvångsmedel.....</u>	<u>18</u>
<u>4.7 Förundersökningskravet.....</u>	<u>19</u>
<u>4.8 Inledande och ledande av förundersökning.....</u>	<u>20</u>
<u>5 Kroppsbesiktning enligt 28 kap. RB.....</u>	<u>21</u>
<u>5.1 Kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12 § RB.....</u>	<u>21</u>
<u>5.1.1 Skäligen kan misstänkas.....</u>	<u>21</u>
<u>5.1.2 Fängelse kan följa.....</u>	<u>22</u>
<u>5.1.3 Ändamål.....</u>	<u>22</u>
<u>5.1.4 Definition.....</u>	<u>23</u>
<u>5.1.5 Kvarhållande.....</u>	<u>24</u>
<u>5.2 Salivprov för kontroll och registrering i DNA-register enligt 28 kap. 12a § RB.....</u>	<u>25</u>
<u>5.2.1 Skäligen kan misstänkas.....</u>	<u>25</u>
<u>5.2.2 Syfte.....</u>	<u>25</u>
<u>5.3 Förhållandet mellan 28 kap. 12a § RB och 28 kap. 12 § RB.....</u>	<u>25</u>
<u>5.4 Kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12b § RB.....</u>	<u>26</u>
<u>5.4.1 Annan.....</u>	<u>26</u>

5.4.2 Syfte.....	26
5.4.3 Jämförelseprov.....	27
5.4.4 Salivprov från personer under 15 år.....	27
5.5 Villkor i samband med kroppsbesiktning enligt 28 kap. 13 § RB.....	27
5.5.1 Proportionalitetsprincipen.....	27
5.5.2 Beslutande organ.....	28
5.5.3 Protokoll.....	29
5.5.4 Förrättningen.....	29
6 Polisdatalagen (1998:622).....	30
6.1 Allmänt.....	30
6.2 Ändamål.....	30
6.3 DNA-register.....	31
6.4 Utredningsregister.....	31
6.5 Spårregister.....	32
6.6 Gallring av uppgifter enligt 27 § polisdatalagen.....	32
6.7 Förstörelse av prov.....	33
7 Enskilda samtycke.....	33
7.1 Allmänt.....	33
7.2 Målsägande.....	34
7.3 Betydelsen av en begäran.....	34
7.4 Lagstiftarens uttalanden.....	35
7.5 Lagrådets uttalanden.....	36
7.6 Polisrättsutredningens uttalanden.....	36
7.7 JO:s uttalanden.....	37
7.8 Westerlund.....	38
7.9 Bylund.....	39
7.10 Edelstam.....	40
7.11 Fitger.....	41
7.12 Lindberg.....	41
8 Analys.....	45
9 Slutsatser.....	48
10 Källförteckning.....	50
Offentligt tryck.....	50
Propositioner.....	50
Statens offentliga utredningar.....	50
Betänkanden.....	50
Litteratur.....	50
Artiklar.....	50
Övrigt.....	50

Förkortningar

A.a. – Anfört arbete

A.st. – Anfört ställe

A.prop. – Anförd proposition

DNA – Deoxyribo Nucleic Acid

FUK – Förundersökningskungörelse

JO – Justitieombudsmannen

Kap. – Kapitel

LUL – Lagen om unga lagöverträdare

PRU – Polisrättsutredningen

RB – Rättegångsbalken

RF – Regeringsformen

SKL – Statens kriminaltekniska laboratorium

1 Inledning

Bakgrund

Den enskilde skyddas gentemot det allmänna genom vissa grundläggande fri- och rättigheter i både Regeringsformen (nedan RF) och Europakonventionen. En av dessa rättigheter är skyddet för integriteten i 2 kap. 6 § RF som innebär ett skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp. Detta skydd får emellertid begränsas genom lag enligt 2 kap. 12 § RF. Reglerna om kroppsbesiktning i 28 kap. Rättegångsbalken (nedan RB) utgör en sådan begränsning.

Reglerna kring kroppsbesiktning är omfattande och detaljerade och måste så vara eftersom kroppsbesiktning är ett straffprocessuellt tvångsmedel som innebär ett intrång i den enskildes rättssfär och i dennes personliga frihet och integritet. För att de straffprocessuella tvångsmedlen skall vara i överensstämmelse med legalitetsprincipen krävs bl.a. att dessa regler är obligatoriska, tvingande och detaljreglerade avseende handlingsmönstren. Reglernas rekvisit bör vara precisa och otvetydiga.

Beträffande kroppsbesiktning finns dock en fråga som inte är reglerad i lag. Denna fråga är vilken rättslig innebörd ett samtycke från den enskilde till ett ingripande som utgör kroppsbesiktning har. Rättsläget kan här betraktas som oklart och frågan har diskuterats i olika lagstiftningsärenden och i doktrinen under en längre tid.

I en tid då DNA-tekniken skapar nya möjligheter att föra brottsutredningar framåt och hundratals salivprov kan tas under en förundersökning, är frågan om den enskildes skydd mot integritetskränkningar från det allmänna högaktuell. Polisens mål är att öka användningen av salivprovtagning eftersom det anses vara ett effektivt verktyg i brottsbekämpningen.¹ Teknisk bevisning ses även av allmänheten som ett viktigt, nästan nödvändigt, medel för att kunna fälla en misstänkt person för brott. Denna syn från allmänheten har t.o.m. fått ett namn: CSI-effekten, som har sitt ursprung i de populära kriminalserierna på tv där biologiska spår analyseras på några sekunder.² Även om tekniska bevis inte alltid behövs för en fällande dom är trenden tydlig och salivprovtagning kommer troligtvis tas i allt större utsträckning.

För den enskildes del innebär salivprovtagning och andra former av kroppsbesiktning en inskränkning i dennes grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Dessa inskränkningar som är reglerade i lag är något som den enskilde får tåla med hänvisning till det allmännas intresse av att utreda och beivra brott. Men vilken betydelse får ett samtycke till en sådan åtgärd? Samtycke är inte reglerat i lag men utgör en begränsning i den enskildes grundlagsenliga skydd och kan få stora konsekvenser för denne. Jag anser att frågan om samtycke är intressant eftersom den rör förhållandet mellan den enskilde och det allmänna. Dessutom berör frågan hur långt den enskilde bör skyddas, ibland även mot dennes vilja.

¹ Polisens användning av salivprov för DNA-analys, s. 3 f.

² Björkman, Arbogamålet och CSI-effekten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Som redan nämnts ovan föreligger ett oklart rättsläge i frågan och därför är syftet med denna uppsats att utreda betydelsen av ett samtycke från den enskilde till kroppsbesiktning. Vilka rättsliga konsekvenser får det att den enskilde lämnar sitt samtycke till kroppsbesiktning? Är frågan om samtycke relevant?

1.3 Metod och disposition

För att utredningen av åsikterna kring frågan om samtyckets betydelse skall vara förståelig bör de regelverk som rör användningen av det straffprocessuella tvångsmedlet kroppsbesiktning vara belysta. I den första delen av uppsatsen går jag därför igenom de regler, principer och begrepp som kringgärdar kroppsbesiktning i form av en rättsutredning.

Inledningsvis redogör jag i avsnitt 2 för de grundläggande fri- och rättigheterna i RF och Europakonventionen, följt av avsnitt 3 med en beskrivning av de principer som är av betydelse för tvångsmedelsanvändning. I avsnitt 4 redogör jag allmänt för de straffprocessuella tvångsmedlen som följs av avsnitt 5 om kroppsbesiktning enligt 28 kap. RB. Slutligen redogörs för de aktuella reglerna i polisdatalagen i avsnitt 6.

Den andra delen av uppsatsen som behandlar diskussionerna om betydelsen av den enskildes samtycke till kroppsbesiktning, är i formen av en kortare litteraturöversikt. I avsnitt 7 redogör jag för några olika åsikter som uttalats i frågan. Litteraturöversikten är inspirerad av den rättsdogmatiska metoden i det avseendet att lagstiftarens uttalanden inleder avsnittet följt av Lagrådets och Polisrättsutredningens uttalanden. Därefter redovisas JO:s uttalanden och de åsikter som yttrats inom doktrinen.

Den sista delen av uppsatsen (avsnitt 8) innehåller en analys av diskussionen kring betydelsen av den enskildes samtycke till kroppsbesiktning och avslutningsvis slutsatser i avsnitt 9.

1.4 Avgränsningar

Kroppsbesiktning och tvångsmedel regleras i flera olika lagar. I detta arbete behandlas dock endast det straffprocessuella tvångsmedlet kroppsbesiktning enligt 28 kap. RB.

Frågan om betydelsen av den enskildes samtycke har även relevans för andra tvångsmedel än kroppsbesiktning, som till exempel kroppsvisitation, men i denna uppsats fokuseras på samtycke till kroppsbesiktning enligt 28 kap. RB. Diskussionerna i avsnitt 7 är dock i stora delar relevanta också för andra tvångsmedel.

I avsnitt 7 om enskilds samtycke redogörs för några författares åsikter och uttalanden i frågan. Urvalet av författare blev naturligt eftersom det är dessa som har skrivit mest om frågan och det är också dessa som refereras mest till i sammanhanget. Antalet författare har anpassats till uppsatsens utrymme.

2 De grundläggande fri- och rättigheterna

2.1 Regeringsformen

I 2 kap. RF finns bestämmelser om vissa grundläggande fri- och rättigheter som den enskilde åtnjuter gentemot det allmänna. Med den enskilde avses i första hand svenska medborgare, men även utlänningar som vistas i landet får i stor utsträckning rätt till samma skydd enligt 2 kap. 22 § RF. Med det allmänna menas främst domstolar, förvaltningsmyndigheter och andra myndighetsutövande organ. Även normgivande organ som beslutar om offentligrättsliga föreskrifter ingår i det allmänna.³ Vidare inräknas privaträttsliga organ som efter delegation enligt 11 kap. 6 § 3 st. RF sköter offentlig förvaltningsuppgift för det allmänna.⁴ De grundlagsskyddade fri- och rättigheterna skyddar alltså de enskilda gentemot det allmänna, däremot kan de inte åberopas av medborgarna gentemot varandra.⁵

De grundläggande fri- och rättigheterna kan vara absoluta eller relativa. Absoluta rättigheter kan inte begränsas utan en föregående grundlagsändring medan relativa rättigheter kan begränsas genom vanlig lag eller annan författning efter bemyndigande i lag.⁶ I 2 kap. 12 § RF anges vilka av fri- och rättigheterna som är relativa och som således får begränsas. I paragrafens andra stycke sägs dock att sådana begränsningar bara får göras för ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Vidare sägs att begränsningen aldrig får sträcka sig längre än vad som är nödvändigt för ändamålet och heller inte så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Slutligen får begränsning inte göras enbart p.g.a. politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.

En begränsning av en grundläggande fri- och rättighet får alltså endast ske för ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Utredning av brott anses vara ett sådant ändamål. För utredning av brott används de straffprocessuella tvångsmedlen vilka är noggrant reglerade i bl.a. RB.⁷

I 2 kap. 6 § RF stadgas om skydd för integriteten. Detta skydd innebär att varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 2 kap. 4 och 5 §§ RF, vilket omfattar dödsstraff, kroppsstraff och tortyr. Medborgaren är vidare enligt paragrafen skyddad mot kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller liknande förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande.

Rättigheten i 2 kap. 6 § RF är en relativ sådan och får enligt 2 kap. 12 § RF begränsas genom lag. Utlänningar i riket är likställda med svenska medborgare avseende skyddet enligt 2 kap. 22 § 2 st. RF.

³ Karnovs kommentar till 2 kap. RF.

⁴ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 17.

⁵ A.st.

⁶ A.st.

⁷ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 5.

Skyddet i 2 kap. 6 § RF avser den enskildes kroppsliga integritet och riktar sig mot påtvingade kroppsliga ingrepp och bl.a. kroppsvisitation. Själva ordet kroppsbesiktning förekommer dock inte i RF, men av motiven framgår att kroppsbesiktning är en form av kroppsligt ingrepp som omfattas av paragrafen i 2 kap. 6 § RF.⁸ Uttrycket påtvingat kroppsligt ingrepp innebär främst våld mot människokroppen men även läkarundersökningar och mindre ingrepp såsom vaccination och blodprovstagning samt liknande företeelser som brukar betecknas med ordet kroppsbesiktning.⁹

2.2 Europakonventionen

Sedan den första januari 1995 gäller Europakonventionen (nedan konventionen) som lag i Sverige genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Konventionen är direkt tillämplig som svensk rätt genom denna lag och skall därmed tillämpas av svenska domstolar och myndigheter precis som annan svensk rätt.

För staten är konventionen förpliktande dels folkrättsligt gentemot andra konventionsstater, dels internrättsligt gentemot medborgarna.¹⁰ Även utlänningar som vistas i landet tillfälligt omfattas av skyddet.¹¹ Konventionsstaterna är genom konventionen skyldiga att garantera fri- och rättigheterna som anges däri, men staterna får själv välja på vilket sätt detta skall ske. Sverige har genom att tillträda konventionen ådragit sig ett ansvar för att lagstiftning, tillämpning och övrig maktutövning är förenlig med konventionen.¹²

Beträffande förhållandet mellan RF:s fri- och rättigheter till Europakonventionen stadgas i 2 kap. 23 § RF att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden p.g.a. den europeiska konventionen. Bestämmelsen infördes i samband med inkorporeringen av konventionen för att markera dess betydelse. Bestämmelsen innebär att de rättstillämpande organen ska tillämpa lagprövningsregeln i 11 kap. 14 § RF vid en eventuell normkonflikt.¹³ Detta innebär att en föreskrift som står i strid med Europakonventionen inte får tillämpas. En lag eller förordning däremot, måste stå i uppenbar strid med Europakonventionen för att den inte skall få tillämpas.¹⁴

Europakonventionen behandlar en rad grundläggande rättigheter såsom förbud mot tortyr i artikel 3, rätt till frihet och säkerhet i artikel 5, rätt till en rättvis rättegång i artikel 6 och rätt till skydd för privat- och familjelivet i artikel 8. I vissa fall kan dock konventionens rättigheter inskränkas till förmån för andra angelägna intressen och det anges i konventionen vissa principer för när så får ske. Detta är av intresse för reglerna om tvångsmedel eftersom dessa kan stå i motsatsförhållande till konventionens fri- och rättigheter.¹⁵

⁸ Prop. 1993/94:24, s. 25.

⁹ Prop. 1975/76:209, s. 147.

¹⁰ Straffprocessuella tvångsmedel, Lindberg, s. 11.

¹¹ A.a. s. 12.

¹² A.a. s. 11 f.

¹³ Karnovs kommentar till 2 kap. 23 § RF.

¹⁴ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 9.

¹⁵ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 12.

I det följande skall Europakonventionens artiklar 6 och 8 behandlas eftersom dessa är av störst intresse för detta arbete.

Artikel 6 handlar om rätten till en rättvis rättegång. I artikelns andra punkt återfinns den s.k. oskyldighetspresumtionen som säger att var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig tills dennes skuld är lagligen fastställd. Enligt den direkta ordalydelsen i artikeln gäller detta endast den som står anklagad för ett brott, men enligt kommissionen skall artikeln rent allmänt skydda medborgarna från att utpekas som brottslingar av myndigheter innan detta är avgjort genom ett domstolsavgörande.¹⁶

Artikel 8 handlar om rätten till skydd för privat- och familjeliv. I artikelns första punkt sägs att var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. I andra punkten i artikeln sägs att rättigheten i första punkten endast får inskränkas om det finns stöd för detta i lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Skyddet i artikel 8 riktas mot den typen av kränkningar mot den personliga integriteten som inte är så allvarliga att de hänför sig till artikel 3, vilken avser tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling.¹⁷ Kroppsvisitation och kroppsbesiktning är ingrepp som utgör inskränkningar i rätten till skydd för privatlivet. I detta skydd ryms även skydd mot påtvingad medicinsk eller psykiatrisk undersökning, undersökning av bilar och bagage, fotografering av misstänkta och fingerprovs- och blodprovstagning.¹⁸ Även DNA-provstagning för att fastställa DNA-profil faller troligen in under skyddet i artikel 8.¹⁹

För att en inskränkning i artikelns skydd skall kunna godtas måste det finnas stöd för detta i inhemsk lag och denna lag måste fylla nödvändiga krav på rättssäkerhet. Den inhemska lagen måste skydda mot godtycke och vara utformad med tillräcklig precision för att uppnå förutsebarhet om när inskränkningar i konventionsskyddet får ske.²⁰

3 Principer av betydelse för tvångsmedelsanvändning

3.1 Allmänt

Straffprocessuella tvångsmedel används av polis och åklagare för att genomföra en effektiv process och lagföring av brott, och stärker därigenom brottspreventionen i samhället och rättsskyddet för målsäganden.²¹ När de

¹⁶ Prop. 2005/06:29, s. 14.

¹⁷ A.st.

¹⁸ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 15.

¹⁹ Prop. 2005/06:29, s. 14.

²⁰ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel s. 15 (I Danelius citat).

²¹ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 45.

straffprocessuella tvångsmedlen används innebär det dock ett ingripande i den enskildes rättssfär, i dennes personliga frihet och integritet eller dennes förfoganderätt över sin egendom.²² Reglerna om straffprocessuella tvångsmedel medför därför en avvägning mellan å ena sidan samhällets krav på en effektiv brottsbekämpning och, å andra sidan, den enskildes krav på integritet och rättssäkerhet. För att skapa jämvikt mellan dessa motstående intressen finns några principer, varav en del är utvecklade i praxis och andra fastställda i lag. Nedan går legalitetsprincipen, ändamålsprincipen, behovsprincipen och proportionalitetsprincipen igenom. Dessutom nämns objektivitetsprincipen, hänsynsprincipen och likhetsprincipen kort.

3.2 Legalitetsprincipen

Legalitetsprincipen är lagfäst i 1 kap. 1 § RF där det stadgas att den offentliga makten utövas under lagarna. Principen förstärks ytterligare genom föreskriften i 2 kap. 12 § RF, enligt vilken en inskränkning i de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna får ske endast genom lag. Kort sagt innebär legalitetsprincipen att det alltid måste finnas lagstöd för åtgärder som inskränker de grundläggande fri- och rättigheterna.

De grundläggande fri- och rättigheterna gäller alltså såvida det inte finns ett undantag från dessa föreskrivet i lag. Eftersom tvångsmedel är sådana åtgärder som inskränker de grundläggande fri- och rättigheterna måste det enligt legalitetsprincipen finnas lagstöd för dessa åtgärder. RB:s regler om de straffprocessuella tvångsmedlen är ett sådant lagstöd som enligt 2 kap. 12 § RF får utgöra undantag från de grundläggande fri- och rättigheterna.²³

För att de straffprocessuella tvångsmedlen skall stå i överensstämmelse med legalitetsprincipen bör utformningen av dessa regler genomsyras av principen. I ljuset av legalitetsprincipen bör reglerna vara obligatoriska, d.v.s. det bör finnas ett uttryckligt lagstöd för att få använda ett tvångsmedel. Reglerna bör vidare vara tvingande samt detaljreglerade avseende handlingsmönstren. Tillämpningen av tvångsmedelsreglerna bör vara enhetlig och dess praxis förutsebar. För att uppnå detta krävs att reglerna i största möjliga mån saknar elasticitet och att dess rekvisit är precisa och otvetydiga. Tvångsmedelsregler som saknar dessa egenskaper skulle kunna resultera i godtyckliga och slumpmässiga ingripanden som i förlängningen skulle hota rättssäkerheten i samhället. För att förhindra detta krävs en restriktiv tillämpning av tvångsmedelsreglerna.²⁴

3.3 Ändamålsprincipen

Ändamålsprincipen innebär att tvångsmedel bara får användas för de syften som angivits i lagstiftningen.²⁵ Det är således inte tillåtet att kringgå lagarna genom att tillämpa dem för ett annat ändamål än de är avsedda för.²⁶ Ändamålsprincipen är inte lagfäst men den anses följa av 2 kap. 12 § RF där det stadgas att

²² Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 39.

²³ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 20.

²⁴ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 47.

²⁵ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 21.

²⁶ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 20.

begränsningar i de grundläggande fri- och rättigheterna får göras endast för ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle, och att dessa begränsningar aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som föranlett dem.²⁷

Ändamålsprincipen gäller såväl vid lagstiftning om tvångsmedel som vid tillämpningen av dessa regler.²⁸ För varje tvångsmedelsföreskrift i lagstiftningen skall det uttryckligen anges för vilket eller vilka ändamål som tvångsmedlet får användas. Lagstiftaren skall i varje enskilt fall pröva om den begränsning av skyddet som en föreslagen regel innebär, är förenlig med 2 kap. 12 § RF. Detta är nödvändigt för att den tillämpande myndigheten senare skall kunna veta för vilka ändamål tvångsmedlet är accepterat och därmed i enlighet med grundlagen.²⁹

Den som har att fatta beslut om tvångsmedel för ett visst ändamål, skall inför varje sådant beslut pröva om detta ändamål ligger inom ramarna för tvångsmedlets tillämpningsområde. Om ändamålet faller utanför tillämpningsområdet får tvångsmedlet inte användas.³⁰ Vidare skall ändamålsprincipen iakttas vid verkställigheten av tvångsmedel. Ett tvångsmedel får inte användas för ett annat ändamål än för vilket det beslutats.³¹ Det är heller inte tillåtet att besluta om, eller att verkställa tvångsmedel i syfte att få fram överskottsinformation,³² d.v.s. för att få information om ett annat brott än det som legat till grund för beslutet om tvångsmedel.

Inför ett beslut om tvångsmedel prövas först om ändamålet för detta är tillåtet, sedan bedöms om det faktiskt behövs och om det är ett proportionerligt ingrepp. Därför anses ändamålsprincipen överordnad både behovs- och proportionalitetsprinciperna som behandlas nedan.³³

3.4 Behovsprincipen

Behovsprincipen innebär att straffprocessuella tvångsmedel bara får användas om uppgiften inte kan lösas på annat sätt. Användningen av tvångsmedlet måste vara nödvändig för att uppnå syftet med åtgärden och dessutom vara verkningsfull på så sätt att det avsedda resultatet uppnås. Om uppgiften kan lösas utan användning av tvångsmedel skall detta alternativ istället väljas. Om tvångsmedel måste tillgripas skall det medel som är minst ingripande väljas. Åtgärden skall vidare upphöra så snart syftet med den har uppnåtts eller när det inte längre finns behov för den av andra skäl, t.ex. när det står klart att åtgärden inte kommer leda till förväntat resultat.³⁴

Behovsprincipen kommer till uttryck på flera ställen i RB, såsom i 28 kap. 14 § RB där det sägs att fotografering får ske om det erfordras för vinnande av

²⁷ Lindberg, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 21.

²⁸ Ekelöf m.fl. *Rättegång III*, s. 47.

²⁹ A.a. s. 47 f.

³⁰ Lindberg, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 21.

³¹ A.a. s. 23.

³² A.a. s. 22.

³³ A.st.

³⁴ Ekelöf m.fl. *Rättegång III*, s. 48.

utredning om brott, och i 25 kap. 1 § 1 st. RB om avvägningen mellan häktning och reseförbud.

3.5 Proportionalitetsprincipen

Behovsprincipen och proportionalitetsprincipen har ett nära samband med, och överlappar varandra delvis.³⁵ Ett tvångsmedel som strider mot behovsprincipen strider normalt sett även mot proportionalitetsprincipen.³⁶

Innebörden av proportionalitetsprincipen är att ett straffprocessuellt tvångsmedel får användas endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller annat men som åtgärden innebär för den enskilde eller något annat motstående intresse.³⁷ Proportionalitetsprincipen fokuserar således på de negativa verkningarna som användning av tvångsmedel kan få för motstående intressen. Med negativa verkningar förstås främst de skador som användningen av tvångsmedel kan medföra för den enskilde, d.v.s. den som tvångsmedlet riktas mot, men även tredje man.³⁸ Det motstående intresset som hänsyn skall tas till är oftast den enskildes personliga integritet, men det kan även röra sig om andra intressen såsom sådana av ekonomisk art.³⁹ Ingrepp som avser ekonomiska intressen eller egendom anses i allmänhet mindre allvarliga än åtgärder som kränker en persons frihet och integritet.⁴⁰

Vid ett beslut om en tvångsåtgärd skall alltså beslutsfattaren i varje enskilt fall pröva om åtgärdens art och varaktighet står i rimlig proportion till det önskade resultatet. Tvångsmedlet får tillgripas endast om skälen för åtgärden väger tyngre än de skador och men som åtgärden kan innebära för den enskilde. Denna avvägning kan resultera i att ett annat, mindre ingripande tvångsmedel, skall användas eller att inget tvångsmedel skall användas över huvud taget.⁴¹ Avvägningen innefattar också frågan om hur en åtgärd skall genomföras samt hur länge det är rimligt att en tvångsåtgärd kan bestå med hänsyn till det resultat som är förväntat.⁴² Proportionalitetsprincipen skall beaktas såväl vid beslut om tvångsmedel som vid verkställigheten av detsamma.⁴³

Proportionalitetsprincipen har införts i alla tvångsmedelskapitel (kap. 24-28) i RB. Avseende kroppsbesiktning hänvisas i 28 kap. 13 § RB till 28 kap. 3a § RB där proportionalitetsprincipen återfinns.

3.6 Objektivitetsprincipen

Objektivitetsprincipen är fastslagen i 1 kap. 9 § RF som anger att domstolar och förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saktighet och opartiskhet. Principen finns även preciserad i 23 kap. 4 § 1 st. RB om

³⁵ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 24.

³⁶ A.a. s. 30.

³⁷ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 49.

³⁸ A.a. s. 48.

³⁹ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 28.

⁴⁰ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 49.

⁴¹ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 26.

⁴² Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 49.

⁴³ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 30.

förundersökningar, som föreskriver att både omständigheter som talar emot den misstänkte och som är gynnsamma för denne, samt bevis till dennes förmån, skall tas tillvara.⁴⁴

3.7 Hänsynsprincipen

Även hänsynsprincipen finns uttryckt i 23 kap. 4 § RB. Principen innebär att förundersökningar skall bedrivas på ett sådant sätt att ingen utsätts i onödan för misstanke eller får vidkännas onödig kostnad eller olägenhet.

Hänsynsprincipen är tillämplig på alla personer som berörs av en förundersökning, oavsett om de är utsatta för misstanke eller ej. Den aktualiseras främst vid verkställigheten av tvångsmedel.⁴⁵ Polisen bör visa hänsyn för att ingen i onödan skall utsätts för misstanke, bl.a. vid val av plats för förhör eller när en person skall hämtas för förhör. Vidare skall onödiga kostnader och olägenheter undvikas genom att t.ex. hålla förhör på tid och plats som orsakar minsta möjliga olägenhet för personen som skall höras samt att kalla till förhör i god tid.⁴⁶

3.8 Likhetsprincipen

Likhetsprincipen finns uttryckt i 1 kap. 2 § RF och innebär att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.

4 De straffprocessuella tvångsmedlen

4.1 Allmänt

Som anförts ovan kan de grundläggande fri- och rättigheterna inskränkas genom lag, men bara för ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Ett utav dessa ändamål anses vara utredning av brott.⁴⁷ För att åklagare och polis effektivt skall kunna utreda och beivra brott har de möjlighet att använda sig av olika slags tvångsmedel.⁴⁸ De tvångsmedel som får användas för utredning av brott är noggrant reglerade i bl.a. RB, LUL samt i vissa tidsbegränsade lagar. RB:s regler anses vägledande för tolkning och tillämpning av andra tvångsmedelsregler i annan lagstiftning.⁴⁹ Det är dock endast tvångsmedlen i RB:s 24-28 kap. RB som brukar räknas till de straffprocessuella tvångsmedlen⁵⁰, och av dessa är det endast kap. 28 RB som är av intresse för detta arbete.

4.2 Definitioner

I RB finns ingen klar definition av begreppet straffprocessuella tvångsmedel. Som tvångsmedel brukar dock sådana åtgärder räknas som:

⁴⁴ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 31.

⁴⁵ A.a. s. 32.

⁴⁶ Danielsson, Förundersökning i brottmål, s. 51.

⁴⁷ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 5.

⁴⁸ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 38.

⁴⁹ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 5.

⁵⁰ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 29.

- är direkta ingripanden mot person eller egendom,
- företas i myndighetsutövning, och
- utgör intrång i någons rättssfär.⁵¹

De straffprocessuella tvångsmedlen kan särskiljas från andra tvångsmedel genom några utmärkande egenskaper. Det skall vara fråga om:

- andra åtgärder än straff eller sanktioner,
- åtgärder med funktioner i straffprocessen,
- tvång mot person eller egendom.⁵²

Polisrättsutredningen (PRU) har anfört att begreppet tvångsmedel bör vara reserverat för sådana åtgärder som utgör direkta ingripanden mot person eller egendom som företas i myndighetsutövning och som utgör intrång i någon form i en persons rättssfär. Det skall vara fråga om åtgärder som syftar till att åstadkomma ett konkret resultat och som innebär syn- eller kännbara verkningar för den enskilde.⁵³

4.3 Tvång

Ett straffprocessuellt tvångsmedel innefattar enligt definitionerna ovan och som namnet antyder, tvång mot person eller egendom. Med detta menas att tvång kan användas och i praktiken används tvång och våld i fall då en misstänkt inte samarbetar. Det förekommer dock åtgärder som trots att de verkställs utan inslag av tvång ändå räknas till de straffprocessuella tvångsmedlen.⁵⁴ Vid t.ex. hemlig teleavlyssning och hemlig teleövervakning är personen som utsätts för åtgärden inte ens medveten om denna, men åtgärderna anses ändå utgöra straffprocessuella tvångsmedel.⁵⁵ Det som avgör är att åtgärden är en integritetskränkning som antas ske mot den avlyssnades eller övervakades vilja.⁵⁶

En åtgärd kan alltså betecknas som tvångsmedel trots att den saknar inslag av möjligt tvång. Valet av klassificering av en åtgärd är en formell, systematisk och pedagogisk fråga och denna styrs inte av huruvida tvångsmedel är en passande språklig benämning eller ej. En åtgärd kan, trots att den rent språkligt inte passar in som ett tvångsmedel, behöva regleras som ett tvångsmedel och förses med sådana legala villkor som gäller för tvångsmedel.⁵⁷

Tvångsmedel är sådana åtgärder som den enskilde är skyddad mot genom de grundläggande fri- och rättigheterna i RF eller utgör intrång i de mänskliga fri- och rättigheterna i Europakonventionen eller annars måste ha stöd i lag för att kunna företas. Mot bakgrund av detta bör endast lagreglerade åtgärder betraktas som straffprocessuella tvångsmedel.⁵⁸

⁵¹ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 5.

⁵² Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 38.

⁵³ SOU 1995:47, s. 137 f.

⁵⁴ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 42.

⁵⁵ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 21.

⁵⁶ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 42.

⁵⁷ A.a. s. 43 f.

⁵⁸ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 21.

4.4 Ingrepp i den enskildes rättssfär

Enligt definitionerna ovan innebär användningen av straffprocessuella tvångsmedel för den enskilde ett ingrepp i dennes rättssfär, i dennes personliga frihet och integritet eller i dennes förfoganderätt över sin egendom. Det finns emellertid andra typer av tvångsåtgärder inom förvaltningsprocessen som kränker den enskildes intressen. Det är polisens uppgift att biträda såväl åklagarmyndigheten som andra myndigheter i användningen av tvångsmedel. Vidare har polisen till uppgift att förhindra och förebygga störningar av den allmänna ordningen och säkerheten, såsom brott. De olika tvångsåtgärderna bär därmed stora likheter med varandra. För att skilja de olika tvångsåtgärderna åt måste ses till de olika funktioner och syften som respektive tvångsmedel har.⁵⁹

4.5 Syften bakom de straffprocessuella tvångsmedlen

Tvångsmedel får användas endast för vissa grundläggande syften. De straffprocessuella tvångsmedlen i RB syftar till att underlätta förundersökning och rättegång, eller att säkra verkställighet av dom i brottmål. Tvångsmedelsanvändning för andra syften än dessa är inte tillåtna.⁶⁰

En följd av syftena bakom RB:s regler om tvångsmedel är att dessa inte får användas enbart för att förebygga brott. De brott som tvångsmedelsreglerna syftar till att säkra utredning om och lagföra är sådana som redan har uppdragats, medan brottsförebyggande arbete avser att förhindra framtida brottslighet.⁶¹

Vidare syftar inte RB:s tvångsmedel till att förhindra brottslighet. Med att förhindra brottslighet menas att vidta åtgärder för att förhindra att ett konkret brott som är straffbart på planeringsstadiet genomförs, eller för att förhindra att ett påbörjat försöks- eller förberedelsebrott fullbordas. Det är heller inte som huvudregel tillåtet att använda tvångsmedel för brottspaning om inte förundersökning är inledd.⁶²

Ett tvångsmedel får heller inte användas i syfte att få fram överskottsinformation. Överskottsinformation som oavsiktligt framkommer vid lagenlig användning av tvångsmedel är däremot tillåtet att tillvarata.⁶³

Tvångsmedel får naturligtvis inte heller användas som påtryckningsmedel mot en misstänkt person eller någon annan. Ändamålet för åtgärden måste ligga inom tvångsmedlets tillämpningsområde för att tvångsmedlet skall få användas.⁶⁴

4.6 Fyra typer av straffprocessuella tvångsmedel

Som nämnts ovan är det de tvångsmedel som återfinns i 24-28 kap. RB som räknas till de straffprocessuella tvångsmedlen. Dessa indelas vanligen i fyra

⁵⁹ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 39.

⁶⁰ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 8.

⁶¹ A.st.

⁶² A.a. s. 9.

⁶³ A.a. s. 10.

⁶⁴ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 21.

kategorier, vilka är: personella och reella tvångsmedel samt momentana och perdurerande tvångsmedel.⁶⁵

De personella tvångsmedlen är riktade mot person. De innebär ett frihetsberövande eller någon annan form av inskränkning i en persons medborgerliga frihet.⁶⁶ Häktning är exempel på personellt tvångsmedel.⁶⁷

De reella tvångsmedlen är riktade mot egendom och innebär ett inskränkande av förfoganderätten över egendomen.⁶⁸ Husrannsakan och kroppsvisitation är tvångsmedel som både är personella och reella.⁶⁹

De momentana tvångsmedlen karaktäriseras av att det rör sig om en eller flera ingrepp i den enskildes rättssfär som inom en kortare tidsrymd upphör automatiskt. Exempel på ett sådant tvångsmedel är husrannsakan.⁷⁰

De perdurerande tvångsmedlen kännetecknas av ett bestående tillstånd som kräver ett särskilt beslut för att upphöra. Detta beslut kan antingen vara ett beslut om upphävande eller ett beslut om ett nytt likartat tvångsmedel.⁷¹ Ett exempel på perdurerande tvångsmedel är beslag.⁷²

4.7 Förundersökningskravet

För att få använda tvångsmedel, såsom kroppsbesiktning i form av registertopsning, krävs att förundersökning är inledd. Även om förundersökning inte är inledd innebär ett beslut om tvångsmedel av behörig myndighet att förundersökning inleds. Beslut om att inleda förundersökning fattas av polismyndighet eller av åklagare.⁷³

Reglerna om förundersökning finns i 23 kap. RB. I 23 kap. 1 § RB anges att förundersökning skall inledas så snart det p.g.a. angivelse eller av annat skäl finns anledning att anta att ett brott som hör hemma under allmänt åtal har förövats. I RB:s regler sorterar tvångsmedlen systematiskt under delen om rättegång i brottmål, men genom stadgandet i 23 kap. 16 § RB klarläggs att dessa även är menade att användas under förundersökning. I praktiken har tvångsmedlen sin största betydelse under förundersökningsförfarandet.⁷⁴

Enligt huvudregeln får tvångsmedel alltså bara användas om förundersökning är inledd eller i det efterföljande rättsliga förfarandet. Från denna huvudregel finns tre undantag som regleras i RB som således medger tvångsmedelsanvändning utan att förundersökning är inledd.⁷⁵

⁶⁵ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 29.

⁶⁶ A.st.

⁶⁷ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 45.

⁶⁸ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 29.

⁶⁹ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 6.

⁷⁰ A.st.

⁷¹ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 29.

⁷² Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 6.

⁷³ Polisens användning av salivprov för DNA-analys, s. 19.

⁷⁴ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 6.

⁷⁵ Polisens användning av salivprov för DNA-analys, s. 19.

Det viktigaste undantaget återfinns i 23 kap. 22 § RB som anger att beslag får företas vid s.k. förenklad utredning. Förenklad utredning kan användas vid enklare brott såsom bötesbrott då en formell förundersökning inte behöver inledas. Beslag är dock det enda tvångsmedel som får användas vid förenklade utredningar.⁷⁶

Det andra undantaget innebär att polisen i omedelbar anslutning till ett brott får medta en person till förhör, även om den behörige beslutsfattaren inte hunnit besluta om att inleda förundersökning. Denna regel som finns i 23 kap. 8 § RB har tillkommit för att polisen effektivt skall kunna utreda brott i direkt anslutning till att de begåtts.⁷⁷ Tvångsåtgärden rymms inom den s.k. primärutredningen, då en enskild polis får utföra vissa utredningsåtgärder innan förundersökning har inletts enligt 23 kap. 3 § 3 st. RB. Hämtning till förhör är dock det enda tvångsmedlet som får användas under en primärutredning.⁷⁸

Det tredje och sista undantaget regleras i 23 kap. 22 § 1 st. och i 45 kap. 2 § RB och rör brott som begås inför rätten.⁷⁹

En konsekvens av kravet på att förundersökning skall vara inledd för att få besluta om tvångsmedel är att tvångsmedel måste upphöra om förundersökningen läggs ned.⁸⁰

4.8 Inledande och ledande av förundersökning

Som nämnts ovan skall förundersökning enligt 23 kap. 3 § RB inledas av polismyndighet eller åklagare. Om saken inte är av enkel beskaffenhet skall, enligt samma paragraf, åklagaren ta över ledningen för förundersökningen så snart någon skäligen kan misstänkas för brottet. Om det är påkallat av särskilda skäl skall åklagaren även i annat fall överta ledningen.

Polismyndigheten kan leda förundersökningen i två olika fall. Det ena fallet är när saken är av enkel beskaffenhet. I olika myndighetsregler anges vilka brott som anses vara av enkel beskaffenhet, då polismyndigheten i normalfallet skall leda förundersökningen. Ett exempel på ett sådant brott kan vara misshandel. Det andra fallet är då brottet inte är av enkel beskaffenhet men det saknas en skäligen misstänkt person. Utredningen befinner sig då på spaningsstadiet och polisen skall som huvudregel leda förundersökningen, även i fall av grova brott. I vissa speciella situationer, som t.ex. vid förundersökning av brott av särskild allvarlig beskaffenhet eller i fall med krävande juridiska frågor, kan ett tidigt åklagarinträde krävas eller att åklagaren inleder förundersökningen.⁸¹

Förundersökningen skall ledas av åklagare i två fall. Det ena är då brottet inte är av enkel beskaffenhet och en person som är skäligen misstänkt för brottet finns. Ett exempel kan vara vid brottet människorov. Åklagare skall enligt 23 kap. 3 § RB ta över ledningen för förundersökningen så snart någon skäligen kan

⁷⁶ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 7.

⁷⁷ A.st.

⁷⁸ Polisens användning av salivprov för DNA-analys, s. 19.

⁷⁹ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 7.

⁸⁰ A.st.

⁸¹ Danielsson, Förundersökning i brottmål, s. 37 ff.

misstänkas för brottet. Frågan om när skälig misstanke uppkommer måste avgöras från fall till fall. Det andra fallet är då det är påkallat av särskilda skäl.⁸²

Åklagaren skall alltid leda förundersökningen bl.a. om brottet innefattar våld mot närstående eller tidigare närstående personer. Om den misstänkte är under 18 år skall åklagaren enligt LUL i vissa fall leda förundersökningen. Vidare skall åklagaren enligt polisförordningen (1998:1558) leda förundersökningen mot anställda inom polisen i vissa fall.⁸³

Reglerna om vem som leder förundersökningen har betydelse för detta arbete eftersom det är behörig beslutsfattare i respektive myndighet som fattar beslut om tvångsmedel. Ett beslut om kroppsbesiktning fattas enligt 28 kap. 13 § RB av förundersökningsledaren, åklagaren eller rätten. I de fall polisen är förundersökningsledare skall polis besluta om tvångsmedel och i de fall åklagaren inlett eller leder förundersökningen skall åklagaren vara beslutsfattare. Rättsläget är klart så långt. Det finns dock en situation då rättsläget kan anses mindre klart. I en förundersökning som inlets av polisen skall åklagaren enligt huvudregeln ta över så snart någon är skäligen misstänkt. Det kan då uppstå ett läge när skälig misstanke anses föreligga men förundersökningen inte övertagits eller överlämnats till åklagare än. Under denna period är det oklart om polisen får besluta om registertopsning eller andra tvångsmedel.⁸⁴

Denna situation har lösts på olika sätt i de olika polismyndigheterna. På vissa håll beslutar polismyndigheten om registertopsning innan åklagaren får ärendet och på andra håll lämnas alltid frågan om registertopsning till åklagaren för beslut.⁸⁵ I rapporten från Rikspolisstyrelsen⁸⁶ förespråkas att polisen i dessa situationer beslutar om registertopsning. Denna ordning sägs där vara tilltalande eftersom det är mer praktiskt, effektivt och tidsbesparande samtidigt som risken minimeras för att registertopsning glöms bort. Vidare sägs i rapporten att registertopsning är en åtgärd som kan liknas vid ett administrativt tvångsmedel eftersom åtgärden inte sker i brottsutredande syfte och därför egentligen inte är en fråga för förundersökningen.⁸⁷

5 Kroppsbesiktning enligt 28 kap. RB

5.1 Kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12 § RB

5.1.1 Skäligen kan misstänkas

I paragrafens första stycke anges som förutsättning för att en person skall kunna underkastas kroppsbesiktning att denne *skäligen kan misstänkas* för ett brott på vilket fängelse kan följa.

Begreppet *skäligen kan misstänkas* anses jämförbart med *skälig misstanke*.⁸⁸ Beviskravet *skäligen kan misstänkas* innebär en högre misstankegrad än för *kan*

⁸² Danielsson, Förundersökning i brottmål, s. 37 f.

⁸³ Polisens användning av salivprov för DNA-analys, s. 20.

⁸⁴ A.a. s. 21.

⁸⁵ A.st.

⁸⁶ A.st.

⁸⁷ A.st.

⁸⁸ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 615.

misstänkas för brottet, men en lägre styrka än då det föreligger *sannolika skäl* för misstanken.⁸⁹ För att en person skall kunna anses vara *skäligen misstänkt* krävs att det föreligger konkreta omständigheter som med viss styrka talar för att personen ifråga har begått gärningen som misstanken åsyftar.⁹⁰

En person som är under 15 år får som huvudregel inte kroppsbesiktigas (se uppräkningsen i 36 § LUL), även om denne är skäligen misstänkt.⁹¹ Enligt 36a § LUL får dock kroppsbesiktning ske även på en person som är skäligen misstänkt för att före femton års ålder ha begått ett brott som inte har lindrigare straff än fängelse i ett år i straffskalan, om det är av synnerlig vikt för att klarlägga omständigheterna kring brottet. Detta gäller även vid försök, förberedelse och stämpling till sådana brott. Enligt 36b § LUL kan även kroppsbesiktning genom tagande av prov och undersökning av sådana prov företas på en person som är skäligen misstänkt för att före femton års ålder olovligen ha brukat narkotika, om det antas vara nödvändigt för att bedöma behovet av socialtjänstens insatser för den unge.⁹²

Tvång kan enligt 28 kap. 12 § RB riktas endast mot den som är misstänkt. Detta medför att exempelvis en målsägande kan vägra att medverka i en sådan undersökning, även om detta i regel är till nackdel för denne i bevishänseende.⁹³ I det fall det däremot är en person som inte är misstänkt, såsom målsäganden, som begär att få genomgå en kroppsbesiktning får en sådan undersökning utföras på denne.⁹⁴

5.1.2 Fängelse kan följa

För de flesta bestämmelser om straffprocessuella tvångsmedel krävs att brottet som misstanken avser är av en viss svårighetsgrad och är därför kopplad till brottets straffskala.⁹⁵ I bestämmelsen om kroppsbesiktning är denna koppling konstruerad så att misstanken skall avse ett *brott på vilket fängelse kan följa*. Denna konstruktion innebär att hänsyn skall tas till de olika regler som kan komma att lindra eller skärpa straffet, såsom de i 29 kap. BrB.⁹⁶ Varje brott skall bedömas för sig om det är fråga om flera brott.⁹⁷

5.1.3 Ändamål

Det sägs i paragrafen att kroppsbesiktning får ske för ändamål som anges i 28 kap. 11 § RB eller enligt bestämmelserna i 28 kap. 12a § RB. Vidare sägs att även annan person får kroppsbesiktigas i den omfattning och för de ändamål som anges i 28 kap. 12b § RB. Den senare paragrafen behandlas i avsnitt 5.4 nedan.

⁸⁹ Fitger, s. 23:61.

⁹⁰ A.a. s. 28:8.

⁹¹ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 165.

⁹² Karnovs kommentarer till LUL.

⁹³ Fitger, s. 28:25.

⁹⁴ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 167.

⁹⁵ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 136.

⁹⁶ Fitger, s. 24:5.

⁹⁷ A.a. s. 24:4.

Det finns två huvudändamål för kroppsbesiktning som båda syftar till att finna bevisning.⁹⁸ I 28 kap. 11 § RB om kroppsvisitation anges dessa ändamål, vilka alltså också gäller för kroppsbesiktning. Det första ändamålet är att söka efter föremål som kan tas i beslag. Beträffande kroppsbesiktning rör det sig vanligen om eftersökning av föremål som svalts ned eller gömmts i kroppens håligheter, t.ex. vid smuggling av narkotika.⁹⁹

Det andra ändamålet är att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredningen om brottet. Tillämpningsområdet för tvångsmedlet blir genom detta ändamål brett och det används ofta vid exempelvis vålds- och sexualbrott.¹⁰⁰ Kroppsbesiktningens syfte kan vara att ta prover från den misstänkte, såsom hårprov eller DNA-prov, för att jämföra med spår från brottsplatsen.¹⁰¹

Ett ändamål för kroppsbesiktning som är av särskild betydelse för detta arbete är möjligheten att ta salivprov för DNA-analys i registrerings syfte på den som är misstänkt för ett brott på vilket fängelse kan följa.¹⁰² Genom att registrera DNA-prov från misstänkta och kontrollera dessa mot redan existerande register förväntas upplärningen av både begångna och framtida brott öka.¹⁰³

5.1.4 Definition

I 28 kap. 12 § 2 st. RB återfinns en definition av begreppet kroppsbesiktning. Där sägs att med kroppsbesiktning avses en undersökning av människokroppens yttre och inre samt tagande av prov från människokroppen och undersökning av sådana prov. Vidare sägs i samma stycke att en kroppsbesiktning inte får utföras så att den undersökte riskerar framtida ohälsa eller skada.

Begreppet omfattar alltså till att börja med en undersökning av själva kroppen. Med en undersökning av människokroppens *yttre* avses en okulär besiktning som även kan omfatta eventuella proteser samt hårbotten. Personen som undersöks kan bli tillsagd att inta en viss ställning för att på så sätt blotta delar av kroppen som annars är dolda. Det är tillåtet för personen som genomför undersökningen att röra personen som är föremål för undersökningen, exempelvis genom att söka igenom dennes hårbotten.¹⁰⁴

En okulär besiktning av en naken kropp utgör kroppsbesiktning.¹⁰⁵ En polisman kan dock, precis som alla andra personer, granska en person utan lagstöd så länge som detta inte är så påträngande att det är straffbart som ofredande.¹⁰⁶ En polisman kan därför betrakta en persons synliga delar av huden utan att det alltid måste innebära en kroppsbesiktning. Exempelvis får en polis se efter blåmärken

⁹⁸ Lindberg, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 613.

⁹⁹ A.a. s. 613 f.

¹⁰⁰ A.a. s. 614.

¹⁰¹ A.st.

¹⁰² Prop. 2005/06:29, s. 20 ff.

¹⁰³ Lindberg, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 615.

¹⁰⁴ Fitger, s. 28:26.

¹⁰⁵ Westerlund, *Straffprocessuella straffmedel*, s. 165.

¹⁰⁶ Fitger, s. 28:26.

eller sår i en persons ansikte och på dennes händer, eller titta efter tatueringar på en persons armar om denne har kortärmad skjorta på sig.¹⁰⁷

Om åtgärden däremot kräver att den berörde personen måste klä av sig, är det fråga om kroppsbesiktning.¹⁰⁸ Exempel på kroppsbesiktning kan vara att en polisman viker upp en misstänkts ärm för att söka efter tatueringar, knäpper upp knappar på en misstänkts skjorta för att söka efter märken på halsen eller tar av den misstänktes handskar för att se dennes händer. Det faktum att en misstänkt på uppmaning av en polisman själv tar av sig ett klädesplagg förändrar inte handlingens karaktär av kroppsbesiktning. Vidare anses det utgöra kroppsbesiktning när en polis belyser en misstänkts ögon med en ficklampa för att se om denne är påverkad av ett annat medel än alkohol.¹⁰⁹

Med en undersökning av kroppens *inre* avses en undersökning av kroppens håligheter. Denna undersökning kan ske fysiskt eller genom användande av röntgen eller ultraljud.¹¹⁰

Begreppet kroppsbesiktning omfattar vidare tagande av prov från människokroppen samt undersökning av sådana prov. Proven kan tas på alla typer av kroppsprodukter, såsom blod, urin, avföring, saliv, hud och sekret. Alla typer av provtagningar kan förekomma under begreppet kroppsbesiktning. Med kroppsprodukt avses inte kroppsorgan och därför kan aldrig kroppsorgan avlägsnas med stöd av denna bestämmelse.¹¹¹

Kroppsbesiktning omfattar enligt definitionen undersökning av prov från människokroppen. Detta innebär undersökning av kroppsprodukter som åtkommits genom provtagning eller på naturlig väg vid särskilt anordnad kontroll som utgör provtagning, såsom avföringsprov. Om kroppsprodukten däremot har åtkommits på annat sätt, t.ex. blod som påträffats på en brottsplats, faller undersökningen av denna utanför begreppet kroppsbesiktning.¹¹²

Kroppsbesiktning får inte ske om den undersökte härigenom riskerar framtida ohälsa eller skada. En undersökning får genomföras även om den kan medföra övergående obehag eller besvär eller kortvarig smärta. Alla större operativa ingrepp är dock uteslutna från kroppsbesiktning.¹¹³

5.1.5 Kvarhållande

Den person som skall kroppsbesiktigas kan hållas kvar med tvång för besiktningens genomförande. I allmänhet bara så lång tid som själva undersökningen tar. Med stöd av tredje stycket får den som skall kroppsbesiktigas hållas kvar i sex timmar, eller om det finns synnerliga skäl i ytterligare sex timmar. Tid för transporterering är inräknad i denna tidsfrist.¹¹⁴

¹⁰⁷ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 165.

¹⁰⁸ A.st.

¹⁰⁹ Fitger, s. 28:26.

¹¹⁰ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 166.

¹¹¹ Fitger, s. 28:26.

¹¹² A.st.

¹¹³ A.a. s. 28:27.

¹¹⁴ Fitger, s. 28:28.

5.2 Salivprov för kontroll och registrering i DNA-register enligt 28 kap. 12a § RB

I 28 kap. 12 § RB sägs att kroppsbesiktning även får ske enligt bestämmelserna i 28 kap. 12a § RB. Kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12a § kan endast ske genom salivprov.¹¹⁵ Inte sällan ses uttrycken salivprovtagning, registertopsning eller bara topsning, som alla är synonyma med begreppet salivprov.

5.2.1 Skäligen kan misstänkas

Salivprov enligt 28 kap. 12a § RB får i likhet med kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12 § RB ske på den som skäligen kan misstänkas för ett brott på vilket fängelse kan följa. Om brottet är av bagatellartad karaktär där påföljden endast förväntas bli böter skall provtagning för registrering inte ske. Detta i enlighet med proportionalitetsprincipen i 28 kap. 3a § RB.¹¹⁶ Provtagning bör heller inte genomföras om den misstänkte redan är registrerad i DNA-registret eller om prov tidigare tagits med stöd av 28 kap. 12 § RB, då en ny provtagning är onödig.¹¹⁷

5.2.2 Syfte

Syftet med provtagningen i 28 kap. 12a § RB är att göra en DNA-analys av provet och registrera uppgifter om resultatet av analysen i det DNA-register eller det utredningsregister som förs enligt polisdatalagen. Mer om de olika register som förs enligt polisdatalagen nedan under avsnitt 6.

En viktig skillnad mellan 28 kap. 12a § jämfört med 28 kap. 12 § RB och 28 kap. 12b § RB är att salivprov enligt 28 kap. 12a § RB får tas även om det inte har betydelse för utredningen av brottet.¹¹⁸ Förekomsten av eventuella DNA-spår i den aktuella utredningen är oviktig eftersom salivprovtagning enligt 28 kap. 12a § RB syftar till att kontrollera resultatet mot DNA-spår i andra ouppklarade utredningar.¹¹⁹

5.3 Förhållandet mellan 28 kap. 12a § RB och 28 kap. 12 § RB

Som tidigare nämnts skall salivprov enligt 28 kap. 12a § RB inte tas om ett DNA-prov redan har tagits med stöd av 28 kap. 12 § RB, d.v.s. i utredningssyfte. Ett prov som tas för DNA-analys under utredningen av ett brott får dock enligt 28 § polisdatalagen användas endast för det ändamål enligt vilket provet togs. Salivprov enligt 28 kap. 12a § RB har emellertid ett registreringsändamål. Följden av paragrafen i polisdatalagen skulle därmed kunna bli att det krävs två prov för de olika syftena, t.ex. ett blodprov under utredningen av brottet följt av ett salivprov för registreringsändamål. Alternativt att prov tas med stöd av 28 kap. 12

¹¹⁵ A.a. s. 28:29.

¹¹⁶ Prop. 2005/06:29, s. 23.

¹¹⁷ A.st.

¹¹⁸ Westerlund, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 169.

¹¹⁹ Lindberg, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 618.

§ RB i förening med 28 kap. 12a § RB. Det råder dock samma förutsättningar för provtagning enligt de båda paragraferna och i 23 § polisdatalagen sägs att DNA-registret får innehålla uppgifter om resultat av analyser som gjorts med stöd av 28 kap. RB. Med bakgrund av detta bör även resultatet av ett blodprov som tagits enligt 28 kap. 12 § RB kunna registreras och ett efterföljande salivprov kunna undvikas.¹²⁰ I förarbetena poängteras att det är angeläget att polisen klart upplyser den enskilde om syftet med provtagningen och hur provet kommer användas.¹²¹ Detta är särskilt viktigt om provet tas i två skilda syften.¹²²

5.4 Kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12b § RB

Kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12b § RB är ett komplement främst till 28 kap. 12 § RB och utförs i likhet med denna i brottsutredande syfte. Liksom i 28 kap. 12 § RB skall brottet vara av sådan beskaffenhet att det kan leda till fängelse.¹²³

5.4.1 Annan

Kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12b § RB får endast ske genom salivprov.¹²⁴ Detta får tas på annan än den som är skäligen misstänkt om förutsättningarna i paragrafen är uppfyllda. Med annan än den som är skäligen misstänkt avses dels personer som inte är misstänkta för brottet, såsom målsägande och vittne, dels personer som är misstänkta men då misstankegraden är lägre än skäligen misstanke.¹²⁵

5.4.2 Syfte

I paragrafens första punkt anges att syftet med åtgärden är att genom en DNA-analys av provet underlätta identifiering vid utredning av ett brott på vilket fängelse kan följa.

Genom att polisen kan ta prov från vittne och målsägande kan de spår som gärningsmannen avsatt urskiljas och polisens arbete underlättas. Polisens arbete underlättas även genom de prov som kan tas enligt denna paragraf från misstänkta av lägre grad genom att dessa prov kan ge indikatorer på om personen ifråga kan avföras från utredningen eller om misstankarna kvarstår eller förstärks.¹²⁶

För att ett salivprov skall få tas krävs emellertid, enligt andra punkten, att det finns synnerlig anledning att anta att det är av betydelse för utredningen av brottet. Begreppet ”synnerlig anledning” motsvarar samma begrepp som återfinns i 28 kap. 11 § 2 st. RB om kroppsvisitation. Kravet innebär att faktiska omständigheter skall föreligga som påtagligt visar att man med fog kan förvänta sig att uppnå

¹²⁰ Fitger, s. 28:29.

¹²¹ Prop. 2005/06:29, s. 27.

¹²² Fitger, s. 28:29.

¹²³ A.a. s. 28:31.

¹²⁴ Prop. 2005/06:29, s. 39.

¹²⁵ Fitger, s. 28:31.

¹²⁶ Prop. 2005/06:29, s. 23.

åtgärdens avsedda resultat. Denna reglering skall förhindra att DNA-prover tas slentrianmässigt på en stor mängd personer.¹²⁷

Vidare måste åtgärden vara förenlig med proportionalitetsprincipen i 28 kap. 3a § RB för att få användas. Vid varje enskilt tillfälle måste därför ett övervägande ske om skälen för åtgärden överväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär. Faktorer som spelar in är brottets allvarlighet och om provtagningen av något skäl upplevs som särskilt integritetskränkande.¹²⁸

5.4.3 Jämförelseprov

I andra stycket sägs att analysresultatet inte får jämföras med de uppgifter som finns registrerade i register som förs enligt polisdatalagen. Vidare får det inte i övrigt användas för annat ändamål än det för vilket provet tagits. Detta innebär att resultatet från ett sådant jämförelseprov som tas endast får jämföras med de spår som tagits i det aktuella ärendet.¹²⁹ Skulle något av proven som tas enligt 28 kap. 12b § RB leda till att personen som lämnat detta prov blir skäligen misstänkt för brottet, måste ett nytt prov tas för att kunna registrera analysresultatet.¹³⁰

5.4.4 Salivprov från personer under 15 år

I paragrafens tredje stycke sägs att första stycket inte gäller den som är under 15 år. Det är därför aldrig tillåtet att tvångsvis ta DNA-prov på en person som är under 15 år. Om samtycke till åtgärden lämnas får dock ett sådant prov tas. Samtycke till åtgärden kan lämnas av barnet själv om denne nått tillräcklig mognad, av barnets vårdnadshavare eller av särskild företrädare för barnet. Frågan om barnet kan ta tillvara sin rätt och själv kan lämna samtycke till åtgärden måste avgöras i varje enskilt fall. Någon allmän åldersgräns för detta är inte angett eftersom alla barn mognar olika snabbt.¹³¹

5.5 Villkor i samband med kroppsbesiktning enligt 28 kap. 13 § RB

I 28 kap. 13 § RB stadgas om villkor vid användandet av kroppsbesiktning. Nedan redogörs för de i 28 kap. 13 § RB omnämnda paragraferna med undantag för 28 kap. 8 § RB om närmare undersökning av brev m.m. eftersom den är av begränsat intresse för uppsatsen.

5.5.1 Proportionalitetsprincipen

I 28 kap. 3a § RB sägs att husrannsakan endast får beslutas om skälen för åtgärden överväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller för något annat motstående intresse. Se allmänt om proportionalitetsprincipen i avsnitt 3.5. Genom hänvisningen i 28 kap. 13 § RB till

¹²⁷ Prop. 2005/06:29, s. 39.

¹²⁸ A.st.

¹²⁹ Fitger, s. 28:32.

¹³⁰ A.a. s. 28:32.

¹³¹ Prop. 2005/06, s. 40.

28 kap. 3a § RB gäller således proportionalitetsprincipen även för kroppsbesiktning.

I prop. 1993/94:24 diskuteras hur stort obehag en kroppsbesiktning får innebära för den undersökte.¹³² En parallell dras där till förarbetena till smittskyddslagen som anger att den undersökningsmetod som innebär minst obehag för personen som undersöks skall väljas och att det skall avgöras från fall till fall vilken typ av undersökning som skall utföras. Vidare sägs att sådana ingrepp som kan riskera den undersöktes hälsa eller orsaka annat än obetydliga men inte bör få förekomma. Som exempel på åtgärder som ses som obetydliga ingrepp nämns blodprov och avföringsprov. Vidare anges att provtagning av saliv, urin, avföring och liknande kroppsutsöndringar hör till sådana ingrepp som patienten rimligen bör tåla, medan undersökningar och provtagningar som innebär större operativa ingrepp såsom ryggmärgsprov och vävnadsprov, inte bör få göras mot patientens vilja.¹³³

Motsvarande synpunkter ansågs av departementschefen i stort kunna anläggas för kroppsbesiktning enligt RB.¹³⁴ Både större och mindre operativa ingrepp vid kroppsbesiktningar är uteslutna p.g.a. behovs-, ändamåls- och proportionalitetsprinciperna. En undersökning eller provtagning kan dock utföras trots att den medför övergående obehag och besvär eller förorsakar kortvarig smärta. Undersökningen får dock aldrig utföras om den undersökte därigenom riskerar att drabbas av framtida ohälsa eller skada.¹³⁵

Kroppsbesiktning i form av salivprov ses som en föga integritetskränkande åtgärd. Detta beror dels på det enkla förfarandet vid ”topsning” och dels på att resultatet vid DNA-analysen omvandlas till en sifferkombination som endast innehåller uppgifter om den undersöktes identitet.¹³⁶ Proportionalitetsprincipen är likväl tillämplig för salivprov vilket får följden att provtagning inte skall utföras på den som misstänks för rena bagatellbrott där påföljden endast förväntas bli böter. Vidare skall prov inte tas om det är onödigt, t.ex. om DNA-prov redan tagits under utredningen med stöd av 28 kap. 12 § RB.

Proportionalitetsprincipen skall naturligtvis också iakttas vid salivprovtagning av icke misstänkta personer. Det anses inte förenligt med principen att slentrianmässigt ta salivprov på en större mängd personer som varken är skäligen misstänkta, målsägande eller vittnen.¹³⁷ Principen innebär att vid varje enskilt tillfälle måste noga övervägas huruvida skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men som åtgärden innebär.¹³⁸

5.5.2 Beslutande organ

Genom hänvisningen i 28 kap. 13 § RB till 28 kap. 4 § RB gäller samma regler för beslut om husrannsakan även för kroppsbesiktning. Enligt 28 kap. 4 § RB

¹³² Prop. 1993/94:24, s. 47 f.

¹³³ A.prop. s. 47.

¹³⁴ A.st.

¹³⁵ Prop. 1993/94:24, s.48.

¹³⁶ Prop. 2005/06:29, s. 22.

¹³⁷ A.prop. s. 25.

¹³⁸ A.prop. s. 39.

skall beslut om kroppsbesiktning därmed fattas av undersökningsledaren, åklagaren eller rätten. Beslut om kroppsbesiktning fattas normalt av polisen eller åklagaren och endast undantagsvis av rätten.¹³⁹

Enligt 28 kap. 13 § RB första stycket får även en enskild polisman besluta om kroppsbesiktning om det föreligger fara i dröjsmål. I de fall det finns tid för att låta undersökningsledaren eller åklagaren fatta beslutet är fallet inte så brådskande att den enskilde polismannen själv får fatta beslut om kroppsbesiktning.¹⁴⁰

5.5.3 Protokoll

I 28 kap. 9 § RB sägs att protokoll skall föras över husrannsakan, vari ändamålet med förrättningen och vad därvid förekommit skall angivas. Genom hänvisningen i 28 kap. 13 § RB gäller detta även för kroppsbesiktning. Vidare kan den som utsätts för åtgärden enligt 28 kap. 9 § RB begära att få bevis om att åtgärden företagits och uppgift om det brott misstanken avser.

I 23 kap. 21 § RB föreskrivs att vid förundersökning skall protokoll föras över vad därvid förekommit av betydelse för utredningen. En grundläggande förutsättning för användning av tvångsmedel är som tidigare nämnts att förundersökning har inletts.¹⁴¹ Reglerna om protokoll vid förundersökning skall därför tillämpas vid kroppsbesiktningar. I FUK återfinns mer detaljerade regler om vad förundersökningsprotokollet skall innehålla. I 20 § p. 11 FUK anges att beslut om uppgifter som rör användning av tvångsmedel skall antecknas i protokollet. Vidare finns det myndighetsföreskrifter om dokumentation av tvångsmedel. Enligt en av riksåklagaren utfärdad generell föreskrift skall åklagare som beslutar om användande av straffprocessuella tvångsmedel dokumentera detta beslut och även beslut om upphävande.¹⁴²

5.5.4 Förrättningen

I 28 kap. 13 § RB andra och tredje styckena anges hur, var och av vem kroppsbesiktningen får verkställas.

Andra stycket föreskriver att förrättningar av mera väsentlig omfattning skall verkställas inomhus och i avskilt rum. Både urin- och blodprovstagning räknas till förrättningar av mer väsentlig omfattning och naturligtvis alla typer av undersökningar som kräver att den undersökte måste ta av sig klädesplagg. Regeln syftar till att skydda den undersöktes integritet.¹⁴³

Vidare sägs i andra stycket att vid förrättningar som verkställs av annan än en läkare skall, om det är möjligt, en av förrättningsmannen anmodat trovärdigt vittne närvara. Blodprov får enligt samma stycke endast tas av läkare eller legitimerad sjuksköterska och mera ingående undersökningar får utföras endast av läkare.

¹³⁹ Prop. 1993/94:24, s. 24.

¹⁴⁰ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 629.

¹⁴¹ A.a. s. 6.

¹⁴² A.a. s. 79.

¹⁴³ A.a. s. 630.

I paragrafens tredje stycke anges att kroppsbesiktning av en kvinna inte får verkställas eller bevitnas av annan än en kvinna, läkare eller legitimerad sjuksköterska. Vilket kön sjukvårdspersonalen har saknar dock betydelse.¹⁴⁴ Kroppsbesiktningar av en kvinna i form av blodprov, alkoholutandningsprov eller salivprov för DNA-analys får dock enligt 28 kap. 13 § 3 st. RB verkställas och bevitnas av en man. Detta undantag motiveras beträffande salivprovtagning med den begränsade integritetskränkning för den undersökte som provet medför.¹⁴⁵

Det finns inga motsvarande bestämmelser om att kroppsbesiktning av en man inte får verkställas eller bevitnas av en kvinna. Denna ojämlikhet har diskuterats men inte föranlett någon förändring i lag. Bakgrunden till detta är de praktiska problem som en begränsning skulle kunna medföra för polisväsendet, kriminalvården och tullväsendet i vars verksamheter jämlikhet eftersträvas i rekryteringen av personal.¹⁴⁶ I de fall en misstänkt av t.ex. religiösa skäl önskar att endast personer av samma kön som denne närvarar vid förrättningen, bör dock detta eftersträvas i enlighet med hänsynsprincipen.¹⁴⁷

6 Polisdatalagen (1998:622)

6.1 Allmänt

I polisdatalagen (1998:622) återfinns regler om tre olika register med uppgifter om DNA-analyser i brottmål. Dessa register kallas: DNA-register, Utredningsregister och Spårregister. Rikspolisstyrelsen får enligt 22 § polisdatalagen föra register i enlighet med 23-27 §§ polisdatalagen över de uppgifter som behandlas. Dessa uppgifter får enligt 22 § 2 st. polisdatalagen även behandlas i förundersökningar och särskilda undersökningar. Nämnas bör att genom prop. 2009/10:85 föreslås en ny polisdatlag som skall ersätta den nuvarande lagen från den första mars 2012. Av utrymmesskäl behandlas dock endast den nuvarande polisdatalagen i detta arbete.

6.2 Ändamål

Enligt 22 § 1 st. polisdatalagen får uppgifter om resultat av DNA-analyser endast behandlas för att underlätta identifiering av personer i samband med utredning av brott. Ett prov för DNA-analys som har tagits i samband med utredning av ett brott får enligt 28 § polisdatalagen inte användas för något annat ändamål än för vilket det togs.

I prop. 2005/06:29 vägdes fördelarna med att ha ett väl utbyggt DNA-register med merparten av alla aktivt kriminella mot de risker registreringen kan innebära för de enskildas integritet.¹⁴⁸ Där anfördes å ena sidan att de DNA-profiler som framkommer genom DNA-provet inte utvisar några personlighetsegenskaper och endast kan användas för identifieringsändamål. Å andra sidan framhölls av några

¹⁴⁴ Prop. 1993/94:24, s. 47.

¹⁴⁵ Prop. 2005/06:29, s. 28.

¹⁴⁶ Prop. 1993/94:24, s. 49 f.

¹⁴⁷ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 633.

¹⁴⁸ Prop. 2005/06:29, s. 29.

remissinstanser att teknikens utveckling i framtiden kan leda till att det går att utläsa personlighetsdrag ur de registrerade DNA-profilerna, varför utvidgade möjligheter till registrering bör ske med försiktighet. Genom stadgandet i 22 § polisdatalagen begränsas ändamålet med uppgifterna som tas in i DNA-registret till att underlätta identifiering av personer i samband med utredning av brott. Regeringen ansåg att denna bestämmelse ger ett tillfredsställande skydd.¹⁴⁹

Enligt 24 § polisdatalagen skall registreringen av ett analysresultat begränsas till uppgifter som ger information om den registrerades identitet. Vidare sägs att analysresultat som kan ge upplysning om den registrerades personliga egenskaper inte får registreras. I praktiken innebär denna bestämmelse att det endast är en sifferkombination som registreras och som bara kan användas för att jämföras med andra registreringar. Uppgifter om kön i analysresultatet registreras inte.¹⁵⁰

6.3 DNA-register

I 23 § polisdatalagen återfinns bestämmelserna om det s.k. DNA-registret. DNA-registret får enligt denna bestämmelse innehålla uppgifter om resultat av DNA-analyser som har gjorts med stöd av bestämmelserna i 28 kap. RB och som avser dels personer som genom lagakraftvunnen dom har dömts till en annan påföljd än böter (p. 1), och dels personer som har godkänt ett strafföreläggande som avser villkorlig dom (p. 2).

Innebörden av att DNA-registret endast får innehålla uppgifter om resultatet av DNA-analyser som har gjorts med stöd av 28 kap. RB är att DNA-prov som har tagits i andra sammanhang, exempelvis inom sjukvården, inte får utgöra grund för registrering inom DNA-registret.¹⁵¹

Eftersom paragrafen anger att personer som dömts till en annan påföljd än böter får registreras medför detta att personer som dömts för mer bagatellartad brottslighet inte registreras i DNA-registret. Regeringen ansåg att det vore att föra för långt att registrera personer som enbart dömts för enstaka snatteribrott. Däremot omfattar registret i princip alla som har dömts för t.ex. stöld, tillgrepp av fortskaffningsmedel, misshandel av normalgraden och bedrägeri.¹⁵²

6.4 Utredningsregister

I 24a § polisdatalagen anges att ett utredningsregister får innehålla uppgifter om resultatet av DNA-analyser som har gjorts med stöd av bestämmelserna i 28 kap. RB och som avser personer som är skäligen misstänkta för ett brott på vilket fängelse kan följa.

Utredningsregistret tillkom vid lagändringen år 2006. Som skäl för införandet anfördes de fördelar för brottsbekämpningen som ett register med personer som är skäligen misstänkta för brott skulle medföra. En av dessa fördelar sades vara att en lagakraftvunnen dom inte behöver inväntas vilket kan bidra till ett snabbare

¹⁴⁹ Prop. 2005/06:29, s. 29.

¹⁵⁰ Polisens användning av salivprov för DNA-analys, s. 9.

¹⁵¹ Prop. 2005/06:29, s. 31 och 40.

¹⁵² A.prop. s. 29.

uppklarande av andra brott, då det är vanligt att en person begår många brott under en kortare tid. Förutsättningarna för att klara upp alla dessa brott i ett sammanhang antogs bli bättre ju färskare informationen i registret är. Som skäl anfördes vidare att SKL i sina jämförelser mellan DNA-profiler från skäligen misstänkta och profiler från ”öppna” ärenden får flest träffar i kategorin skäligen misstänkta.¹⁵³

Mot dessa fördelar vägdes den enskildes integritetsintresse och det faktum att en misstänkt person skall betraktas som oskyldig till dess dennes skuld blivit lagligen fastställd. Regeringen ansåg inte att det fanns några påtagliga risker från integritetssynpunkt, bl.a. eftersom informationen som registreras inte är av särskilt integritetskänslig art. Regeringen ansåg dock att det ur integritetsskyddssynpunkt inte är lämpligt att blanda uppgifter om misstänkta personer med uppgifter om dömda personer, varför profilerna från icke-misstänkta personer bör föras in i ett eget register kallat spårregistret.¹⁵⁴

6.5 Spårregister

Spårregistret får enligt 25 § polisdatalagen innehålla uppgifter om DNA-analyser som har gjorts under utredning av brott och som inte kan hänföras till en identifierbar person. Utöver uppgifter om analysresultat får spårregistret endast innehålla upplysningar som visar i vilket ärende analysen har gjorts.

Uppgifter i spårregister får enligt 26 § polisdatalagen jämföras endast med analysresultat som:

- 1) inte kan hänföras till en identifierbar person
- 2) finns i DNA-registret, eller
- 3) kan hänföras till en person som är skäligen misstänkt för brott

Den tredje punkten stadgar alltså att uppgifter i spårregister får jämföras med analysresultat som kan hänföras till en person som är skäligen misstänkt för brott. Innebörden av detta är att analysresultat från DNA-prover som tagits på personer med stöd av 28 kap. 12b § RB eller med den undersöktes samtycke, inte får jämföras med spårregistret.¹⁵⁵

6.6 Gallring av uppgifter enligt 27 § polisdatalagen

De uppgifter som finns i DNA-registret, d.v.s. som avser personer som dömts till en annan påföljd än böter eller godkänt ett strafföreläggande som avser villkorlig dom, skall gallras senast när den registrerade gallras ur belastningsregistret enligt lagen (1998:620) om belastningsregister. Vid en påföljd som inte är frihetsberövande, t.ex. skyddstillsyn, sker detta efter tio år. När påföljden är frihetsberövande sker gallringen tio år efter att påföljden har verkställts. I de fall det tillkommer nya domar under denna tid ligger uppgifterna kvar med en ny gallringsfrist.¹⁵⁶

¹⁵³ Prop. 2005/06:29, s. 30.

¹⁵⁴ A.st.

¹⁵⁵ A.prop. s. 41.

¹⁵⁶ Polisens användning av salivprov för DNA-analys, s. 9.

Uppgifter som finns i utredningsregistret som alltså innehåller uppgifter om resultatet av DNA-analyser från personer som är skäligen misstänkta för brott på vilket fängelse kan följa, skall gallras vid olika tillfällen beroende på omständigheterna. Uppgifterna skall gallras senast när personen döms till en annan påföljd än böter och dessa istället får föras in i DNA-registret. Annars skall uppgifterna gallras när förundersökning eller åtal läggs ned, åtal ogillas, åtal bifalls men påföljden bestäms till enbart böter eller när den registrerade godkännt ett strafföreläggande som avser enbart böter.

Uppgifter i spårregister skall gallras senast trettio år efter registreringen.

6.7 Förstörelse av prov

I 27a § första stycket polisdatalagen anges att ett prov för DNA-analys som har tagits med stöd av reglerna i 28 kap. 12-12b §§ RB skall förstöras senast sex månader efter det att provet togs. Om det skulle behövas nya prov efter denna tid måste alltså en förnyad provtagning ske.¹⁵⁷

Vidare sägs i paragrafens andra stycke att om uppgifterna i utredningsregistret skall gallras vid en tidigare tidpunkt enligt 27 § polisdatalagen, skall även provet som avser den registrerade förstöras senast vid denna tidigare tidpunkt. Enligt tredje stycket skall prov som tagits av en person som inte är skäligen misstänkt för brott skall förstöras så snart målet eller ärendet slutligen har avgjorts, även om detta inträffar innan sex månader har förflutit. Rikspolisstyrelsen skall underrätta SKL om när ett mål eller ärende har avslutats så att provet kan förstöras.¹⁵⁸

7 Enskilds samtycke

7.1 Allmänt

I både Regeringsformen och Europakonventionen finns, som tidigare nämnts, en rad olika fri- och rättigheter varav några inte får inskränkas alls och andra endast får inskränkas genom lag. I 2 kap. 6 § RF stipuleras ett förbud mot påtvingat kroppsligt ingrepp och detta skydd får enligt 2 kap. 12 § RF inskränkas endast genom lag. Sådana inskränkande bestämmelser finns bl.a. i 28 kap. RB. Genom bestämmelserna i 28 kap. RB regleras därmed under vilka förutsättningar kroppsbesiktning får ske med tvång.¹⁵⁹

Det förhåller sig dock annorlunda beträffande kroppsbesiktningar som genomförs med den enskildes samtycke. Den rättsliga innebörden av ett samtycke från den enskilde till ett ingripande som utgör kroppsbesiktning är inte reglerat i lag. Frågan är vilken betydelse ett samtycke från den enskilde till kroppsbesiktning har och om ett samtycke kan ersätta de förutsättningar för användning av tvångsmedel som ges i RB. Många har uttalat sig i frågan och det råder delade meningar. Nedan följer en belysning av några av de åsikter som yttrats i frågan. Inledningsvis berörs dock två frågor som har relevans i sammanhanget.

¹⁵⁷ Prop. 2005/06:29, s. 41.

¹⁵⁸ A.st.

¹⁵⁹ A.prop. s. 25.

7.2 Målsägande

En fullständig kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12 § RB får utföras endast på den som är skäligen misstänkt. Det är alltså inte möjligt att besluta om en sådan åtgärd mot en målsägande.¹⁶⁰ I förarbetena till rättegångsbalken sades uttryckligen att det inte var lämpligt att stadga om någon skyldighet för målsäganden att underkasta sig kroppsbesiktning. Det sades emellertid att det inte finns några hinder för att företa en kroppsbesiktning om målsäganden medger det. En vägran att medverka sades dock som regel vara till nackdel för målsäganden i bevishänseende.¹⁶¹ Lagstiftaren har även senare uttalat att det inte finns tillräckliga skäl för att frångå denna inställning till frågan.¹⁶² Det är mot den bakgrunden oegentligt att tala om kroppsbesiktning av målsägande.¹⁶³

Kroppsundersökningar som en målsägande underkastas i brottsutredande syfte har ofta stora likheter med kroppsbesiktningar, men kan inte betraktas som tvångsmedel eftersom de inte kan genomföras med tvång.¹⁶⁴ Undersökningar av målsägandens kropp kräver således samtycke från denne. Om det rör sig om en minderårig målsägande måste samtycke inhämtas från dennes vårdnadshavare eller, om vårdnadshavaren är misstänkt eller annars inte kan tillvarata barnets intressen, kan en särskild företrädare utses för barnet.¹⁶⁵

JO har uttalat att det kan finnas skäl att i RB generellt reglera frågan om undersökningar och andra åtgärder av kroppsbesiktningsskärakt avseende målsäganden som anses kunna äga rum med dennes samtycke. JO uttalade att en sådan lag-reglering skulle klargöra under vilka förutsättningar sådana åtgärder får företas och vem som är behörig att ta initiativ till dem.¹⁶⁶

7.3 Betydelsen av en begäran

I sammanhanget kring frågorna om samtycke är det av intresse att behandla betydelsen av en begäran. Åtgärder som företas med samtycke bör hållas isär från åtgärder som företas på begäran av den berörde. Detta synsätt kommer till uttryck i 28 kap. 1 § 3 st. RB. Där sägs att för husrannsakan hos den misstänkte får inte i något fall åberopas dennes *samtycke*, om inte den misstänkte själv har *begärt* att åtgärden skall vidtas.¹⁶⁷

Lagstiftaren har beträffande reell husrannsakan ansett att det inte borde vara uteslutet att ta hänsyn till att den misstänkte själv begär att en husrannsakan företas hos denne, i syfte att fria sig från misstankar eller av annan anledning.¹⁶⁸

¹⁶⁰ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 63.

¹⁶¹ SOU 1938:44 II, s. 331.

¹⁶² Prop. 1993/94:24, s. 54.

¹⁶³ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 63.

¹⁶⁴ SOU 1995:47, s. 274.

¹⁶⁵ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 63.

¹⁶⁶ JO 2003/04, s. 82.

¹⁶⁷ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 27.

¹⁶⁸ SOU 1995:47, s. 146.

Lagtexten kräver dock att beslutet om husrannsakan tillkommer på den misstänktes eget initiativ genom en uttrycklig begäran.¹⁶⁹

Skillnaden mellan ett samtycke och en begäran tycks ligga i graden av frivillighet hos den enskilde. Fitger anger att ett tecken på att det rör sig om verklig frivillighet är att det är den som åtgärden skall utföras hos eller hos någon som denne står på vänskaplig fot med som har det primära intresset av att åtgärden kommer till stånd. Det är emellertid genom att den enskilde själv förklarar sig vilja ha åtgärden utförd, d.v.s. framställer en begäran och inte bara samtycker, som bäst markerar att det rör sig om verklig frivillighet.¹⁷⁰

I reglerna om kroppsbesiktning förekommer dock inte motsvarande formulering om begäran.

7.4 Lagstiftarens uttalanden

Den enskilde är enligt 2 kap. 6 § RF skyddad mot *påtvingade* kroppsliga ingrepp. Detta har i prop. 1993/94:24 tolkats av lagstiftaren som att tvångsmomentet saknas om den enskilde ger sitt samtycke, och att det då inte är fråga om tvångsmedelsanvändning. Om ingreppet är frivilligt är det således inte fråga om någon inskränkning i det grundlagsenliga skyddet som avser påtvingade ingrepp.¹⁷¹ Vidare sades att den förhärskande uppfattningen är att samtycke innebär att en åtgärd, som utan samtycke vore grundlagsstridig, får genomföras.¹⁷² Departementschefen påpekade dock att någon remissinstans hävdade att samtycke från den misstänkte inte kan ersätta förutsättningarna för tvångsmedelsanvändning. Slutligen konstaterade departementschefen att frågorna om samtycke kan vara komplicerade och mångfacetterade men att de föll utanför det aktuella lagstiftningsärendet och därför förslogs ingen reglering av detta i RB.¹⁷³

Frågan om samtycke behandlades åter i prop. 2005/06:29 då frågan var om det fanns skäl att reglera verkan av enskilds samtycke till tagande av DNA-prov.¹⁷⁴ I motiven refererades till ovan nämnda resonemang i prop. 1993/94:24. Regeringen gjorde därefter bedömningen att det inte kan anses strida mot RF att åberopa ett frivilligt samtycke som stöd för en åtgärd som innebär provtagning på en person. Vidare ansåg regeringen att det inte var lämpligt att reglera samtyckesfrågan enbart för kroppsbesiktning i form av DNA-prov och lämnade därmed frågan utan förslag.¹⁷⁵ Innebörden sades vara att det fortsatt bör vara möjligt att ta DNA-prov på personer som samtycker till åtgärden. Det poängterades dock att polisen vid sådana provtagningar noga bör förvissa sig om att det rör sig om ett verkligt samtycke från personen som är föremål för åtgärden.¹⁷⁶

¹⁶⁹ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 59.

¹⁷⁰ SOU 1995:47, s. 147.

¹⁷¹ Prop. 1993/94:24, s. 39.

¹⁷² A.st.

¹⁷³ A.st.

¹⁷⁴ Prop. 2005/06:29, s. 25 f.

¹⁷⁵ A.prop. s. 26.

¹⁷⁶ Prop. 2005/06:29, s. 26.

Regeringen hänvisar i samma avsnitt även till möjligheten att ta salivprov för DNA-analys från misstänkta personer under 15 år, om den enskilde samtycker till åtgärden.¹⁷⁷ Kroppsbesiktning får enligt 36 § LUL som huvudregel inte utföras på personer under 15 år som är misstänkta för brott, men enligt regeringens resonemang torde detta inte hindra att salivprovtagning genomförs om den enskilde samtycker till åtgärden. Numera kan dock kroppsbesiktningar i vissa fall även utföras på personer som är under 15 år enligt 36a § och 36b § LUL (se avsnitt 5.1.1).

7.5 Lagrådets uttalanden

I 28 kap. 1 § 3 st. RB sägs att för husrannsakan hos den misstänkte får inte i något fall får åberopas hans eller hennes samtycke, såvida inte den misstänkte själv har begärt att åtgärden skall vidtas. I sitt yttrande beträffande enskilds samtycke till provtagning påpekade Lagrådet att motsvarande regler om verkan av samtycke beträffande kroppsvisitation och kroppsbesiktning i 28 kap. RB saknas.¹⁷⁸ Lagrådet ansåg att frågan om verkan av den enskildes samtycke till prov för DNA-analys borde tas upp till principiellt övervägande i det aktuella sammanhanget. Lagrådet anförde vidare att det fanns starka skäl att klargöra rättsläget genom uttrycklig lagreglering eftersom frågan rör en begränsning av en grundlagsskyddad rättighet.¹⁷⁹ Regeringen tog som nämnts ovan inte ställning till detta med motiv-ering att det inte var lämpligt att reglera frågan endast beträffande ett specifikt tvångsmedel.¹⁸⁰ Justitiekontoret instämde i regeringens övervägningar men utgick från att regeringen i ett annat lämpligt sammanhang skulle vidta en mer fördjupad analys i frågan huruvida samtycke vid bl.a. kroppsbesiktning bör lagregleras särskilt.¹⁸¹ Även Integritetsskyddskommittén påpekade behovet av att klargöra rättsläget genom en lagreglering.¹⁸²

7.6 Polisrättsutredningens uttalanden

Polisrättsutredningen (PRU) behandlade i SOU 1995:47 betydelsen av samtycke och huruvida samtycke kan läggas till grund för beslut om tvångsmedel. PRU uttalar där att utgångspunkten för svensk lagstiftning bör vara att åtgärder som utgör intrång i de fri- och rättigheter som skyddas av Europakonventionen och RF eller som annars betraktas som tvångsmedel, endast får företas på de villkor som är uppställda i lag, oavsett om den enskilde samtycker till åtgärden eller ej.¹⁸³ PRU anför att det skulle strida mot tanken bakom skyddet för de mänskliga fri- och rättigheterna om det accepterades att den enskilde till förmån för staten skulle kunna avstå från rätten till skydd mot exempelvis husrannsakan och kroppsvisitation.¹⁸⁴

PRU framhåller vidare att ett samtycke visserligen kan befria från ansvar för en annars straffbar handling, men att en polisman inte enbart av detta skäl har

¹⁷⁷ A.st.

¹⁷⁸ Prop. 2005/06:29, Bilaga 5, s. 57.

¹⁷⁹ A.st.

¹⁸⁰ A.prop. s. 26.

¹⁸¹ Bet. 2005/06:JuU7, s. 9.

¹⁸² SOU 2007:22, s. 179.

¹⁸³ SOU 1995:47, s. 137 & 143.

¹⁸⁴ SOU 1995:47, s. 144.

befogenhet att utföra en sådan åtgärd. Utredningen menar att polismän som ingriper i myndighetsutövning rent faktiskt ger uttryck för samhällets maktbefogenheter, oavsett om tvång måste tillgripas eller ej. Så torde också den enskilde som blir utsatt för ingripandet uppfatta situationen. Den enskilde befinner sig därför i ett underläge som medför att det aldrig kan bli tal om någon egentlig frivillighet. Ett samtycke torde, enligt PRU:s mening, sällan vara uttryck för verklig frivillighet i sådana situationer. Inte heller kan en till synes ”frivillig medverkan” till ett ingripande i de flesta fall vara uttryck för den enskildes egen vilja. Valfriheten i en sådan situation torde för den enskilde vara högst begränsad eftersom myndigheten oavsett dennes val kommer att genomföra åtgärden.¹⁸⁵

Vidare konstaterar PRU att det är mycket svårt att i efterhand utröna om ett formellt samtycke till en åtgärd verkligen har lämnats frivilligt. Även om det skulle framkomma att ett påstått frivilligt lämnat samtycke har tillkommit efter medvetna eller omedvetna påtryckningar, är det tillåtet att använda de uppgifter som framkommit genom ingripandet. I svensk rätt får även olagligt åtkomna bevis åberopas. Enligt PRU talar detta ytterligare för att inte tillmäta samtycke någon verkan vid tvångsmedelsanvändning. I vart fall anser PRU att detta borde gälla beträffande ingripanden som innebär intrång i rätten till skydd mot husrannsakan, kroppsvisitation eller kroppsbesiktning.¹⁸⁶

7.7 JO:s uttalanden

JO uttryckte i ett beslut¹⁸⁷ uppfattningen att grundlagens rättighetsskydd skulle urholkas om den enskilde alltid kunde efterge detta. Följden skulle bli att tvångsmedlen som regleras i RB fritt skulle få tillgripas även i situationer då det saknas lagliga förutsättningar för åtgärden. Istället ansåg JO att utgångspunkten för RF är den motsatta, och att RF således inte ger utrymme för att de lagliga förutsättningarna för straffprocessuella tvångsåtgärder skall kunna ersättas av samtycke.¹⁸⁸

I ett annat beslut (JO 2003/04) gällde frågan om en åklagares möjlighet att under en förundersökning godkänna att personer som inte var skäligen misstänkta för brott i samband med förhör tillfrågades om de frivilligt ville lämna salivprov för DNA-analys. Detta förfarande regleras som bekant numera i 28 kap. 12b § RB, men de uttalanden som JO gjorde i detta beslut har betydelse för frågan om samtycke varför jag redogör för dessa nedan. JO:s uttalanden rör lagligheten vid kroppsbesiktning som brottsutredande åtgärd.

I beslutet anförde JO att begränsningen i grundlagens skydd till att avse endast *påtvingade* kroppsliga ingrepp i första hand syftar till att undanta åtgärder och ingrepp inom sjukvården som sker med patientens samtycke. Dessa åtgärder sker i patientens intresse och saknar helt inslag av tvång. JO påpekade att innebörden och omfattningen av det grundlagsenliga skyddet aktualiseras på ett helt annat sätt när ingreppet görs inom ramen för en brottsutredning och syftar till att tillgodose det allmänna intresset av att beivra brott. JO framhöll att det brottsbeivrande syftet

¹⁸⁵ A.a. s. 145.

¹⁸⁶ A.st.

¹⁸⁷ JO 1991/92, s. 114.

¹⁸⁸ JO 2003/04, s. 81.

måste beaktas vid resonemang kring frågan om den enskildes samtycke till denna typ av ingrepp.¹⁸⁹ JO refererade därefter till ett uttalande av PRU¹⁹⁰ om att ingripande som kan ske utan användande av tvång ändå skall anses som tvångsmedelsanvändning om den ingripande myndigheten har möjlighet att använda tvång om det behövs.¹⁹¹

JO anger vidare att en viss oklarhet råder beträffande hur långt skyddet i grundlagen sträcker sig eftersom det endast avser påtvingade kroppsliga ingrepp. Enligt JO:s mening står det dock bäst i överensstämmelse med rättsäkerhetens krav om grundlagsregeln tolkas så att skyddet även omfattar situationer då en befattningshavare vid en brottsutredande myndighet, utan att involvera tvång, uppträder så att den enskilde med fog uppfattar sig vara tvungen att underkasta sig en undersökning eller provtagning. Ett sådant uppträdande kan exempelvis vara uttryckliga eller underförstådda påtryckningar av varierande slag.¹⁹² Risken för att denna typ av situationer skall uppkomma är särskilt stor då den enskilde förstår att denne inte är fri från misstanke om brottet som utredningen avser. JO hänvisade återigen till PRU¹⁹³ som har uttalat att polismän ger uttryck för samhällets maktbefogenheter när de ingriper i myndighetsutövning oavsett om tvång används, och att det också är så den enskilde som är föremål för ingripandet torde uppfatta saken. Det underläge som den enskilde befinner sig i medför därmed att det i princip aldrig kan bli tal om någon egentlig frivillighet.¹⁹⁴

JO framhöll att frivilligheten riskerar att bli mer eller mindre illusorisk i ovan nämnda typ av situationer. Vidare pekade JO på att det är svårt för befattningshavaren som verkställer åtgärden att avgöra huruvida samtycket verkligen lämnas helt frivilligt, och ännu svårare för en utomstående granskare att bedöma i efterhand om den enskildes medverkan beror på otillbörliga påtryckningar eller ej.¹⁹⁵

JO anser vidare att det inte går att avvisa en tolkning av reglerna om kroppsbesiktning i RB som grundas på rättssäkerhetsöverväganden som innebär att dessa åtgärder aldrig får riktas mot andra än *skäligen* misstänkta personer, oavsett räckvidden av skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp eller om den enskilde samtyckt till åtgärden.¹⁹⁶ I sitt beslut ifrågasätter JO det rättsenliga i förfarandet med provtagningarna som förekom i den aktuella brottsutredningen, men konstaterar samtidigt att rättsläget knappast kan betraktas som klart.¹⁹⁷

7.8 Westerlund

Westerlund har uttalat att han delar JO:s uppfattning om att rättsläget är oklart och anser därför att bestämmelserna i grundlagen endast får avtalas bort endast i undantagsfall, vid brottsutredningar avseende svårare brott. Westerlund menar

¹⁸⁹ JO 2003/04, s. 79 f.

¹⁹⁰ SOU 1995:47, s. 143.

¹⁹¹ JO 2003/04, s. 80.

¹⁹² JO 2003/04, s. 80.

¹⁹³ SOU 1995:47, s. 145.

¹⁹⁴ JO 2003/04, s. 81.

¹⁹⁵ A.st.

¹⁹⁶ A.st.

¹⁹⁷ A.a. 80 f.

vidare att det strider mot det bakomliggande syftet för de grundläggande fri- och rättigheterna, om den enskilde i alla situationer skulle kunna avstå från sin rätt till skydd mot bl.a. kroppsbesiktning.¹⁹⁸

Westerlund tar upp problemet med att den enskilde kan känna sig tvingad att gå med på en åtgärd vid en sådan förfrågan, och påpekar att det i praktiken inte finns något val för den enskilde eftersom myndigheten ändå kan komma att genomföra åtgärden. Westerlund anmärker vidare att det är svårt att i efterhand kontrollera om samtycket lämnats frivilligt eller om det är ett resultat av medvetna eller omedvetna påtryckningar. Enligt Westerlunds mening får därför ett ingripande som innebär ett intrång i dessa rättigheter som huvudregel inte företas annat än med stöd i lag, oavsett om den enskilde samtyckt till det eller ej.¹⁹⁹

Westerlund hävdar vidare att det som huvudregel inte bör vara möjligt att avtala bort grundlagsskyddet mot ett påtvingat kroppsligt ingrepp om det inte är *gynnande* för den enskilde.²⁰⁰

7.9 Bylund

I Rättegång III behandlar Bylund frågan om samtycke till kroppsvisitation m.m.²⁰¹ Där nämns inte ordet kroppsbesiktning uttryckligen, men måste ändå anses inbegripas enligt Edelstam.²⁰² Bylund pekar på att även om det i 2 kap. 6 § RF talas om *påtvingat* kroppsligt ingrepp, anges där inte som förutsättning för skyddet att åtgärderna måste ha inslag av tvång, eller kunna ha det. Det centrala är, enligt Bylund, att det rör sig om olika typer av integritetskränkningar som den enskilde måste skyddas mot när de utförs av det allmänna. Därför menar Bylund att skyddet kräver att det bortses från eventuell frivillighet för att istället låta det avgörande vara om åtgärden utgör ett ingrepp i den enskildes privata sfär som på handlingsplanet och till sitt syfte uppfyller lagens definition på att vara t.ex. en husrannsakan.²⁰³

Därmed avvisar Bylund även diskussionen om att det inte skulle vara fråga om tvångsmedelsanvändning om den enskildes samtycke verkligen är autentiskt och frivilligt. Bylund menar att om en verkligen frivillig medverkan till tvångsmedel skulle beröva åtgärden sin egenskap av tvångsmedel finns risk för att diskussionen därmed undviks om huruvida de legala förutsättningarna för åtgärden föreligger och vilka förfaranderegler som skall tillämpas. Vidare skulle detta kunna leda till att det inbyggda skyddet i tvångsmedelsregleringen gick förlorat för den enskilde.²⁰⁴

Bylund framhåller vidare som utgångspunkt för frågan huruvida samtycke skall tillmätas betydelse för kroppsvisitation, att den straffprocessuella regleringen endast undantagsvis är dispositiv för den enskilde. Som exempel anförs att ett erkännande inte är bindande i brottmål och att ingen får frihetsberövas på grund av sitt samtycke. De beslutande organen skall ex officio pröva om de legala

¹⁹⁸ Westerlund, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 24.

¹⁹⁹ A.st.

²⁰⁰ A.a. s. 26.

²⁰¹ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 128 ff.

²⁰² Edelstam, s. 98 not 76.

²⁰³ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 129.

²⁰⁴ A.a. s. 128.

förutsättningarna i tillämplig lag är uppfyllda för att ett frihetsberövande skall få ske. Bylund menar att risken med avsaknad av sådan reglering är att användningen av tvångsmedel skulle kunna påverkas av myndighetens eller av den enskildes underläge, utsatta position eller brist på civilkurage. Dessa är skäl som enligt Bylund talar för en förbudsregel liknande den i 24 kap. 23 RB även för andra tvångsmedelskapitel.²⁰⁵

Bylund anger att det beträffande kroppsvisitation inte finns någon uttrycklig reglering om att den enskildes samtycke legaliserar åtgärden, men att det däremot finns ett skydd mot kroppsvisitation i 2 kap. 6 § RF som kan begränsas genom lag men inte genom avtal. Bylund menar att det därför finns anledning att inte tillåta sig att ge den enskildes samtycke dispositiv effekt genom att hänvisa till praxis vid kroppsvisitation, eller genom att göra e contrario-tolkningar av regeln i 28 kap. 1 § tredje stycket RB som stadgar att den misstänktes samtycke inte får tillmätas betydelse vid husrannsakan hos denne.²⁰⁶

7.10 Edelstam

Edelstam uttalar att problemet med samtyckets betydelse kan uppkomma i de fall då det saknas formella förutsättningar för kroppsbesiktning, men den misstänkte ändå lämnar sitt samtycke till en sådan åtgärd. Edelstam nämner reglerna om att samtycke inte får åberopas som stöd för häktning och husrannsakan och påminner om åsikten som framförts i doktrinen om att det finns skäl att låta denna ordning gälla även för övriga tvångsmedel. Detta skulle innebära att den misstänktes samtycke inte får tillmätas betydelse och att denne heller inte får tillfrågas om ett sådant.²⁰⁷

Edelstam menar att det, endast sett till gällande lagtext, inte finns något som hindrar att den misstänkte tillfrågas om att lämna sitt samtycke och vidare inget som hindrar att detta samtycke läggs till grund för kroppsbesiktning. Vid en tolkning av gällande rätt kan Bylunds syn anläggas om att grundlagsskyddet mot kroppsvisitation och kroppsbesiktning kan begränsas genom lag men inte genom avtal, och följaktligen leda till att samtycke inte får beaktas. Om grundlagsskyddet i 2 kap. 6 § RF däremot tolkas som av lagstiftaren i prop. 1993/94:24 omfattas endast *påtvingade* kroppsliga ingrepp, vilket innebär att frivilliga kroppsbesiktningar inte utgör någon inskränkning i grundlagsskyddet.²⁰⁸

Den senare tolkningen ifrågasätts av Edelstam med hänvisning till att konsekvensen blir att större förutsättningar då föreligger för att på frivillig väg åstadkomma en kroppsbesiktning än att genomföra, det mindre ingripande straffprocessuella tvångsmedlet, kroppsvisitation. Vidare anför Edelstam innebörden av de konventionsskyddade mänskliga fri- och rättigheterna som skäl för att inte tillmäta samtycke betydelse vid straffprocessuella åtgärder, och hänvisar till PRU:s uttalande om att det skulle strida mot tanken bakom dessa att acceptera att den enskilde avstår sin rätt till detta skydd.²⁰⁹

²⁰⁵ Ekelöf m.fl. Rättegång III, s. 129.

²⁰⁶ A.a. s. 130.

²⁰⁷ Edelstam, s. 98.

²⁰⁸ A.st.

²⁰⁹ Edelstam, s. 98.

7.11 Fitger

I kommentarerna till 28 kap. 1 § RB om husrannsakan tar Fitger upp frågan om samtycke. Fitger påpekar att ett samtycke från den enskilde kan ha starkt skiftande bevekelsegrunder och att dessa inte alltid låter sig utläsas av yttre kriterier. I likhet med flera andra författare framhåller Fitger att den enskildes underläge gentemot myndighetsutövaren måste beaktas. Fitger ansluter sig till JO:s uttalande om att grundlagens rättighetskydd allvarligt skulle urholkas om den enskilde alltid kunde efterge detta och konstaterar att samtycke inte bör tillåtas som grund för rätt till användning av tvångsmedel.²¹⁰

Vidare menar Fitger att situationen blir en annan om det rör sig om verklig frivillighet och den enskilde mer eller mindre begär att åtgärden skall utföras. Som tecken på att det handlar om verklig frivillighet anför Fitger fallen att det är den person som åtgärden skall ske eller någon som står på vänskaplig fot med denne som har det primära intresset av att åtgärden kommer till stånd. I dessa fall rör det sig inte om någon tvångsåtgärd enligt RB menar Fitger. Ett exempel på en sådan situation är då en brottsplatsundersökning sker hos en målsägande som tillkallat polis utan iakttagande av formaliteterna kring husrannsakan.²¹¹

7.12 Lindberg

Lindberg menar att den vedertagna uppfattningen är att det skulle strida mot tankarna bakom skyddet för de mänskliga fri- och rättigheterna om den enskilde genom samtycke skulle kunna avstå från detta skydd. Därför anses den enskilde inte kunna samtycka till sådana intrång som kräver lagstöd enligt RF eller Europakonventionen.²¹²

Skyddet mot kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF däremot är mer begränsat eftersom detta endast avser påtvingade sådana, och lagstiftaren har ansett att samtycke kan godtas. Lindberg framhåller dock att denna åsikt är omstridd.²¹³ Trots lagstiftarens ambivalens i frågan finns inom doktrinen en bred enighet om att samtycke inte bör få användas som grund för tvångsåtgärder såvida inte en uttrycklig lagregel ger stöd för detta, menar Lindberg.²¹⁴ Vidare pekar Lindberg på att även rättspraxisen kring tillämpningen av Europakonventionen går i riktning mot en striktare syn på tvångsingripanden mot enskilda. Lindberg anger att det finns skäl för att varna för att lägga frivillig medverkan som grund för ingripanden som normalt sett innebär beslut om tvångsmedel.²¹⁵

På frågan om vad som krävs för ett giltigt samtycke anför Lindberg fem omständigheter. Till att börja med krävs att samtycket lämnas av en behörig person som har rättslig förmåga att avge ett bindande samtycke. Omständigheter under vilka samtycket avgetts måste vara sådana att inga tvivel råder om att

²¹⁰ Fitger, s. 28:8 b.

²¹¹ A.a. s. 28:8 b.

²¹² Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 51 f.

²¹³ A.a. s. 52.

²¹⁴ A.a. s. 53.

²¹⁵ A.a. s. 54.

samtycket är allvarligt menat och lämnat med full insikt om de relevanta omständigheterna, som de rättsliga förutsättningarna för åtgärden och konsekvenserna av den. Samtycket får vidare inte vara resultat av underförstådda eller uttryckliga påtryckningar från myndighetsföreträdaren. Slutligen skall samtycket lämnas till någon som är behörig att besluta om den aktuella åtgärden, eftersom endast denne kan avgöra om samtycket kan ersätta ett beslut om tvångsmedel. Samtycket bör också dokumenteras för att i efterhand kunna kontrollera om det tillkommit på ett korrekt sätt.²¹⁶

Lindberg behandlar vidare frågan om ett samtyckes rättsliga betydelse. Lindberg menar att ett samtycke till en tvångsåtgärd inte fråntar åtgärden dess karaktär av tvångsmedel och att det därför måste ställas samma krav på hanteringen av åtgärden som om samtycket inte lämnats.²¹⁷

Vidare tar Lindberg upp diskussionen huruvida ett samtycke som, om det får läggas till grund för ett tvångsmedel, innebär att de rättsliga förutsättningarna för att använda tvångsmedlet inte behöver vara uppfyllda eller om samtycket endast befriar från vissa krav. Lindberg anför här att om ett samtycke skulle innebära att inte alla kraven på de grundläggande förutsättningarna för tvångsmedlet behöver vara uppfyllda, skulle den enskilde ges rätt att förfoga över det grundlagsfästa skyddet mot vissa straffprocessuella tvångsmedel. Detta är, enligt Lindberg, inte förenligt med lagstiftarens allmänna syn på straffprocessuella tvångsmedel och riskerar att urholka grundlagsskyddet. Lindberg menar att en rimligare utgångspunkt vore att endast låta samtyckets betydelse innebära befrielse från viss särskilda krav för användningen av det aktuella tvångsmedlet. Enligt denna senare utgångspunkt kvarstår det grundläggande kravet på att ett brott skall ha förekommit eller att brottet är av en viss svårighetsgrad för att få använda tvångsmedlet. Samtycket kan dock befria från krav på misstankestyrkan eller från krav på andra särskilda skäl för användning av tvångsmedlet i fråga, menar Lindberg.²¹⁸

Lindberg framhåller dock att det är viktigt att skilja mellan ett samtycke till en tvångsåtgärd och en *verkligt frivillig medverkan* av annat slag. I samtyckesfallet anför Lindberg som exempel en begäran om husrannsakan som leder till att en sådan genomförs. Som exempel på verklig frivillig medverkan anføres sådan frivillig medverkan som gör att tvångsmedelsanvändningen blir överflödigt, såsom ett självmant överlämnande av ett föremål som skall tas i beslag vilket resulterar i att en husrannsakan för att leta efter detta inte behövs. Vidare anser Lindberg att ett tvångsmedel som verkställs under full medverkan av den enskilde, såsom då en misstänkt medverkar i en kroppsbesiktning så att tvång eller våld inte behövs, är exempel på en sådan frivillig medverkan.²¹⁹

Lindberg tar också upp frågan om en frivillig medverkan eller ett medgivande från den enskilde kan dispensera från regler om verkställigheten som ställts upp i skydd för den som utsätts för tvångsmedlet. Som exempel på detta anføres rätten att ha ett vittne närvarande, att åtgärden genomförs diskret eller hur provtagningen

²¹⁶ Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, s. 54.

²¹⁷ A.a. s. 55.

²¹⁸ A.a. s. 54 f.

²¹⁹ A.a. s. 54.

skall gå till vid kroppsbesiktning. Lindberg menar att det principiellt inte är någon skillnad mellan denna typ av samtycke och samtycke till tvångsmedel. Samma risk föreligger för att den enskilde uppfattar situationen som att denne inte har något annat val än att undergå åtgärden på det sätt som myndighetsutövaren föreslår. Det finns vidare en risk för att den enskilde i efterhand upplever att dennes rättigheter kränkts då genomförandet avviker från reglerna.²²⁰ Därför, menar Lindberg, bör stor försiktighet iaktas beträffande vad som uppfattas som ett samtycke och i stort sett inte godta andra avvikelser än de den enskilde själv tar initiativ till. Lindberg uttalar att det kan vara bättre att avstå från att genomföra en åtgärd som inte kan verkställas på det sätt som lagstiftaren tänkt, än att genomdriva den under tveksamma former. Lindberg varnar även för att utverka samtycke till utomståendes närvaro under verkställigheten.²²¹

Lindberg uttalar att med termen kroppsbesiktning avses den typ av undersökningar som oftast utförs på två personkategorier i en förundersökning, nämligen målsägande och misstänkta. Enklare former av kroppsbesiktningar, i form av salivprov, utförs under delvis andra förutsättningar på både misstänkta och icke misstänkta personer.²²²

Lindberg menar att frågan om samtycke har betydelse endast för icke misstänkta och för misstänkta till en lägre grad än skäligen misstänkta. Vid kroppsbesiktning enligt 28 kap. 12 § RB krävs skäligen misstanke vilket innebär att samtycke inte får tillmätas betydelse vid kroppsbesiktning enligt denna paragraf. Detta beror, enligt Lindberg, på att det tillhör de skyddade områdena i 2 kap. RF. Lindberg menar att trots att samtycke inte har betydelse vid skäligen misstanke är frågan om samtycke intressant för hur åtgärder av detta slag generellt ses, om de utgör ingrepp i den grundlagskyddade sfären eller inte.²²³

Lagstiftarens uttalande om att det finns ett stort utrymme för samtycke eftersom RF endast skyddar mot *påtvingade* ingrepp menar Lindberg var lättare att försvara då kroppsbesiktning endast fick utföras på den som var skäligen misstänkt. Idag används dock salivprovtagning i stor utsträckning för att urskilja misstänkta, och detta även på icke misstänkta personer eller målsäganden. Lindberg påpekar vidare att lagstiftaren inte angett i vilka fall samtycke anses godtagbart.²²⁴

Även om provtagning för DNA-analys i dag regleras särskilt är inte problemet med samtycke löst eftersom en viktig utgångspunkt för lagstiftningen var att prov fortfarande skall kunna tas med samtycke. Lagstiftarens intentioner var dock att den slentrianmässiga provtagningen skulle upphöra med den nya regleringen. Med hänvisning till uppgifter i media om att hundratals DNA-prov tas i olika brottsutredningar, menar Lindberg att lagstiftarens föresatser i den delen inte fått avsett genomslag.²²⁵

²²⁰ Lindberg, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 57 f.

²²¹ A.a. s. 58.

²²² A.a. s. 61.

²²³ A.st.

²²⁴ A.a. s. 62.

²²⁵ Lindberg, *Straffprocessuella tvångsmedel*, s. 62.

Lindberg frågar sig om det numera överhuvud taget finns någon anledning att ta prov med samtycke istället för att tillämpa reglerna i 28 kap. och kommer fram till tre tänkbara skäl för detta. Ett skäl skulle kunna vara att provtagning inte är tillåtet på grund av att kravet på att synnerlig anledning att åtgärden skall ge resultat inte är uppfyllt. Ett annat skäl är att undvika de formella reglerna kring tvångsmedlet, trots att alla rekvisit är uppfyllda. Det tredje och sista skälet är att provtagningen är uttryckligen förbjuden. Inget av dessa skäl är godtagbara ur integritetssynpunkt menar Lindberg. Lindberg antar dock att det första skälet utgör bakgrund till att polisen i stor skala fortsätter att genomföra ”frivilliga” provtagningar.²²⁶

Lindberg anser att det med bakgrund av diskussionerna som förts finns anledning att rekommendera att salivprov utförs endast med stöd av den befintliga lagstiftningen. Lindberg menar vidare att det inte är självklart att en extensiv användning av samtycke skulle accepteras vid en prövning i efterhand.²²⁷

²²⁶ A.st.

²²⁷ A.a. s. 62 f.

8 Analys

I 2 kap. 6 § RF sägs att den enskilde är skyddad mot *påtvingade* kroppsliga ingrepp. Lagstiftaren tolkade detta i prop. 1993/94:24, och jag har valt att låta min analys ta utgångspunkt från detta uttalande (se uttalandet under avsnitt 7.2).

Enligt lagstiftarens tolkning *saknas tvångsmomentet* om den enskilde ger sitt samtycke. Jag anser, i likhet med Bylund, att det avgörande beträffande påtvingade kroppsliga ingrepp inte är att åtgärden genomförs eller kan genomföras med tvång. Det som avgör är att åtgärden är *integritetskränkande* och att den enskilde måste skyddas mot sådana när de utövas av det allmänna. En parallell kan dras till hemlig teleavlyssning och teleövervakning där personen som utsätts för åtgärden inte är medveten om detta. Åtgärden genomförs utan inslag av tvång men anses ändå utgöra ett straffprocessuellt tvångsmedel eftersom det är en integritetskränkning som antas ske mot den enskildes vilja.

Kroppsbesiktning är enligt min mening det allra mest integritetskränkande tvångsmedlet eftersom det rör sig om en fysisk undersökning av kroppens yttre och inre. Även om salivprovtagning inte anses vara en särskilt integritetskränkande åtgärd p.g.a. dess enkla genomförande, är det DNA som analyseras i provet vilket är det mest unika varje människa har. Sådana undersökningar eller provtagningar utgör kränkningar i den enskildes integritet och bör därför skyddas oavsett samtycke.

Lagstiftaren menar vidare att om den enskilde ger sitt samtycke saknas tvångsmomentet och det då *inte är fråga om tvångsmedelsanvändning*. Denna tolkning innebär att alla de krav som måste vara uppfyllda för att få genomföra en kroppsbesiktning enligt 28 kap. RB bortfaller om den enskilde samtycker. Detta innebär i sin tur att den enskilde genom sitt samtycke kan förfoga över det skydd som denne ges enligt grundlagen.

Jag håller med Lindberg om att ett samtycke inte fråntar kroppsbesiktningens karaktär av tvångsmedel och att samma krav på hanteringen av åtgärden måste ställas som om samtycket aldrig lämnats. Jag anser, i likhet med författarna i doktrinen, att det skulle strida mot de bakomliggande tankarna för de mänskliga fri- och rättigheterna om den enskilde skulle kunna efterge sitt skydd mot kroppsbesiktning till förmån för staten. Detta skulle riskera att urholka grundlagsskyddet.

I diskussionen kring samtyckets betydelse är det viktigt att hålla i minnet att den enskilde befinner sig i ett underläge i förhållande till det allmänna. De grundläggande fri- och rättigheterna är uppställda i syfte att skydda den enskilde mot det allmänna och detta bör inte vara förhandlingsbart enligt min mening. Även Bylund yttrar att skyddet mot kroppsvsitation får begränsas genom lag men inte genom avtal.

Skyddet får enligt 2 kap. 12 § RF begränsas genom lag och kroppsbesiktning är ett exempel på en sådan begränsning. Genom denna konstruktion har lagstiftaren åstadkommit ett förutsebart och rättssäkert sätt att tillförsäkra både att den enskilde har ett skydd för sin rättssfär och att tillgodose det allmänna intresset av

att utreda och beivra brott. Det finns ingen anledning att ytterligare inskränka i den enskildes skydd genom att tillåta att samtycke kan ersätta de lagliga förutsättningarna för tvångsmedlet. Polis- och rättsväsendet har möjlighet att åstadkomma dessa åtgärder enligt RB:s regler.

Jag anser heller inte, till skillnad från Lindberg, att det finns skäl för att samtycket skall kunna befria från vissa krav för användningen av kroppsbesiktning, såsom att befria från krav på misstankestyrkan. Om kraven för kroppsbesiktning i RB inte är uppfyllda bör åtgärden inte genomföras med hänsyn till den enskildes skydd och kraven på rättssäkerhet.

Vidare uttalade lagstiftaren att om ingreppet är *frivilligt* är det inte fråga om någon inskränkning i grundlagsskyddet eftersom det avser påtvingade ingrepp. Diskussionen i doktrinen kring betydelsen av den enskildes samtycke rör i stora delar frivillighet och skillnaden mellan frivilligt lämnat samtycke och samtycke.

Jag anser, i likhet med PRU och JO, att det sällan kan bli tal om någon egentlig frivillighet från den enskildes sida i situationer som här är fråga om. Polismän som är i tjänst och ingriper i myndighetsutövning är en representant för det allmänna och ger uttryck för samhällets maktbefogenheter. Så uppfattas troligtvis situationen av den enskilde som, oavsett om tvång är inblandat eller ej, befinner sig i ett underläge. Jag anser att känslan av underlägsenhet kan uppkomma redan av att befinna sig på en polisstation eller i ett annat utrymme där polisen kan ge instruktioner. Min uppfattning är att de flesta "vanliga" människor har respekt för poliser och andra auktoritära yrkesgrupper, och blir lite nervösa av att träffa på poliser trots att de vet att de inte gjort något fel. Jag blir själv ängslig när jag blir stoppad i en trafikkontroll med utandningsprov även om jag inte har druckit alkohol på flera veckor. Detta underläge stärks troligen om den enskilde vet att denne inte är fri från misstanke. Underläget uppkommer kort sagt av att polisen genom sin ställning ger uttryck för samhällets maktbefogenheter. Den tänkta frivilligheten i dessa situationer påverkas av polisens befogenheter och kan enligt min åsikt inte jämföras med verklig frivillighet som den enskilde har i situationer där båda parter är jämställda. Ett samtycke från den enskilde till en kroppsbesiktning är därför enligt min mening sällan uttryck för egentlig frivillighet.

Det kan vidare ifrågasättas om den enskilde alltid har de verktyg som krävs för att kunna fatta ett beslut om att frivilligt ge sitt samtycke till en kroppsbesiktning. För att den enskilde skall förstå konsekvenserna av ett samtycke till kroppsbesiktning krävs kännedom dels om rätten till skydd mot åtgärden i RF, dels om reglerna om kroppsbesiktning i RB samt om de register som förs enligt polisdatalagen. Även om polisen informerar om detta i samband med att den enskilde tillfrågas om samtycke alternativt frivilligt lämnar sitt samtycke, är reglerna och dess konsekvenser svåra att överblicka och ta till sig. Det kan vara svårt att veta vilken rätt och vilket skydd som avstås genom samtycket utan att få tillfälle att diskutera med en oberoende part, såsom en advokat, eller endast genom att ta en stund för att fundera på saken. Risken finns att den enskilde känner sig pressad att gå med på åtgärden även om inte polisen utövar några påtryckningar. Detta kan leda till att den enskilde ångrar sig i efterhand och anser sig ha blivit lurad.

I diskussionen kring frivillig medverkan anförde PRU att valfriheten för den enskilde är tämligen begränsad eftersom myndigheten i alla fall kommer att genomföra åtgärden. Därför anses en frivillig medverkan sällan vara uttryck för den enskildes egen vilja. Fitger menar att situationen är annorlunda om det rör sig om verklig frivillighet från den enskilde som mer eller mindre begär att åtgärden skall genomföras. Även Lindberg anför att det är skillnad mellan ett samtycke till en tvångsåtgärd och en verkligt frivillig medverkan.

Återigen instämmer jag i PRU:s uttalande. Jag anser att den enskildes frivilliga medverkan måste ses i ljuset av vilken situation den enskilde befinner sig i. Den enskildes underläge förstärks av vetskapen om att myndigheten oavsett den enskildes medverkan kommer att genomföra åtgärden. I den situationen är frågan inte om den enskilde kommer utsättas för åtgärden utan snarare hur mycket motstånd den enskilde väljer att göra innan det sker. Troligtvis väljer de flesta att medverka så mycket som möjligt för att obehaget skall bli så litet som möjligt och för att minimera tidsåtgången för åtgärden. Denna medverkan kan dock knappast betraktas som frivillig.

Jag uppfattar den verkligt frivilliga medverkan som Lindberg talar om som en begäran av det slag som återfinns i 28 kap. 1 § 3 st. RB. Fitger beskriver skillnaden mellan ett samtycke och en begäran som att en begäran karaktäriseras av en verklig frivillighet hos den enskilde och att denne framställer en begäran och inte bara samtycker. Skälet till att lagstiftaren uttryckligen tar upp begäran i det nämnda lagrummet är att det skall vara möjligt att ta hänsyn till att den misstänkte själv begär att få en husrannsakan genomförd i syfte att fria sig från misstankar eller av något annat skäl. Det finns säkerligen fall även beträffande kroppsbesiktning då en misstänkt vill genomgå en sådan åtgärd i syfte att fria sig från misstankar. Tanken på en begäran ter sig då tilltalande. I ett sådant fall skulle det vara gynnande för den enskilde att avtala bort skyddet mot kroppsbesiktning, vilket även Westerlund tar upp. I reglerna om kroppsbesiktning återfinns emellertid inte motsvarande bestämmelse om begäran. Enligt min mening krävs en sådan uttrycklig reglering för att kunna ta hänsyn till en begäran. Jag anser att kroppsbesiktning är ett mer integritetskränkande tvångsmedel än husrannsakan och att det därför finns desto större skäl att skapa en uttrycklig reglering både beträffande samtyckets verkan och en eventuell möjlighet att framställa en begäran. En tydlig reglering av detta skulle förbättra den enskildes rättssäkerhet och bidra till en tydligare hantering av tvångsmedlet för polis- och rättsväsendet.

Lindberg anger som exempel på en frivillig medverkan situationen då en misstänkt medverkar fullt ut i en kroppsbesiktning så att tvång eller våld inte behövs. Jag anser att en medverkan av detta slag inte behöver innebära att den är frivillig. En verkligt frivillig medverkan från den enskilde kräver enligt min mening ett mer aktivt agerande från dennes sida

Bestämmelsen i 28 kap. 1 § 3 st. RB anger vidare uttryckligen att den misstänktes samtycke inte får åberopas. Denna bestämmelse bör dock inte tolkas e contrario beträffande kroppsbesiktning, d.v.s. att samtycke kan godtas beträffande kroppsbesiktning eftersom ingen sådan förbudsregel finns för detta tvångsmedel. En sådan tolkning skulle vara att gå långt utanför lagens syften.

Flera av författarna framhåller vidare svårigheterna med att i efterhand fastställa huruvida samtycket lämnats frivilligt eller om det är ett resultat av polisens medvetna eller omedvetna påtryckningar. Jag håller med om detta. Denna fråga visar även på ett större problem som användandet av samtycke öppnar för. Redan en diskussion om att ett samtycke kan vara ett resultat av polisens påtryckningar riskerar att undergräva förtroendet för polis- och rättsväsendet. Särskilt allvarligt är detta eftersom även olagligt åtkomna bevis får åberopas i svensk rätt.

För att vara i enlighet med legalitetsprincipen bör reglerna om kroppsbesiktning vara obligatoriska, d.v.s. det bör finnas uttryckligt lagstöd för användning av åtgärden. Reglerna bör vidare vara tvingande, sakna elasticitet och ha tydliga rekvisit. Tillämpningen bör vara enhetlig och dess praxis förutsebar. Avsaknaden av dessa egenskaper riskerar att leda till godtyckliga ingripanden som i förlängningen skulle hota rättssäkerheten i samhället. Användningen av samtycke är att frångå legalitetsprincipen eftersom denna kräver att lagstöd finns för åtgärder som inskränker i de grundläggande fri- och rättigheterna. Ett sådant lagstöd finns inte för användning av samtycke.

På grund av det ovan anförda anser jag att samtycke inte bör tillmätas någon verkan vid användning av tvångsmedlet kroppsbesiktning. Dagens reglering är tillräcklig för att polis- och rättsväsendet skall kunna genomföra kroppsbesiktningar. Enligt min syn på saken är det först när de formella förutsättningarna för att genomföra en kroppsbesiktning saknas som ett samtycke blir aktuellt. Jag anser dock att om rekvisiten för att genomföra en kroppsbesiktning inte är uppfyllda bör inte samtycke tas till som en utväg för att få åtgärden till stånd. Jag anser att det är viktigt att värna om den enskildes skydd för integriteten genom att upprätthålla de grundläggande fri- och rättigheterna i RF. De begränsningar som finns i detta skydd bör vara tydliga och uttryckliga för den enskildes rättssäkerhet.

Det faktum att det existerar en diskurs om samtyckets betydelse i doktrinen talar för att samtyckets verkan bör regleras i RB och klargöra rättsläget. Jag anser att en förbudsregel liknande den i 24 kap. 23 § RB bör införas även för kroppsbesiktning. Ett samtycke skulle då vara utan verkan och ett sådant får heller inte efterfrågas. För det fall det anses att en begäran från den enskilde skall kunna tas hänsyn till kan en regel liknande den i 28 kap. 1 § 3 st. införas. En sådan reglering är jag dock tveksam till eftersom problemet med att bedöma den enskildes frivillighet då kvarstår.

9 Slutsatser

Betydelsen av den enskildes samtycke till kroppsbesiktning är oklar. Det finns ingen uttrycklig reglering om samtycke i RB och tolkningarna av skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp skiljer sig åt.

Om lagstiftarens tolkning från prop. 1993/94:24 används får samtycket betydelsen att den enskilde själv kan välja att avstå från sitt grundlagsenliga skydd mot kroppsliga ingrepp. Den enskildes samtycke innebär då vidare att det inte är fråga om tvångsmedelsanvändning och därför behöver reglerna om kroppsbesiktning i 28 kap. RB inte iakttas. Genom samtycket anses ingreppet vara frivilligt och då

föreligger ingen inskränkning i det grundlagsenliga skyddet som endast avser påtvingade kroppsliga ingrepp.

Synen på betydelsen av den enskildes samtycke till kroppsbesiktning bland författarna i doktrinen är emellertid en annan. Den vedertagna uppfattningen tycks vara att det skulle strida mot tankarna bakom skyddet för de mänskliga fri- och rättigheterna om den enskilde genom sitt samtycke skulle kunna avstå från detta skydd. Därför anses den enskilde inte kunna samtycka till sådana intrång som kräver lagstöd enligt RF eller Europakonventionen. Enligt tolkningen i doktrinen bör samtycke inte få användas som grund för kroppsbesiktning såvida inte en uttrycklig lagregel ger stöd för detta. Ingen sådan lagregel finns och således bör samtycke inte tillmätas någon betydelse för kroppsbesiktning.

I praktiken förekommer det att samtycke används som grund för användningen av kroppsbesiktningar, främst i form av salivprov. Det oklara rättsläget i frågan är bekymmersamt eftersom det skapar en osäkerhet både hos den enskilde och polis- och rättsväsendet om vad som omfattas av den enskildes skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp, eller snarare om skyddet inte omfattar frivilliga ingrepp och i så fall hur frivilligheten skall manifesteras sig för att ett giltigt samtycke skall föreligga.

Frågan om samtyckets betydelse är relevant eftersom den berör hur långt skyddet för den enskildes fri- och rättigheter sträcker sig, och om den enskilde bör skyddas även mot sin vilja. Här finns en lucka i lagstiftningen som bör täppas till för att skapa rättssäkerhet både för den enskilde och för polis- och rättsväsendet.

10 Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1975/76:209 om ändring i regeringsformen

Proposition 1993/94:24 med förslag till ändrade regler om kroppsvisitation och kroppsbesiktning m.m.

Proposition 2005/06:29, Utvidgad användning av DNA-tekniken inom brottsbekämpningen m.m.

Proposition 2009/10:85, Integritet och effektivitet i polisens brottsbekämpande verksamhet.

Statens offentliga utredningar

SOU 1938:44 II Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk

SOU 1995:47 Tvångsmedel enligt 27 och 28 kap. RB samt polislagen, slutbetänkande av polisrättsutredningen

SOU 2007:22 Skyddet för den personliga integriteten: kartläggning och analys

Betänkanden

Betänkande 2005/06:JuU7, Utvidgad användning av DNA-tekniken inom brottsbekämpningen, m.m.

Litteratur

Danielsson, S, Förundersökning i brottmål, 3:e upplagan, Bruuns bokförlag, 2007.

Ekelöf, P O, Bylund, T, Edelstam, H, Rättegång, tredje häftet, 7:e upplagan, Norstedts Juridik, 2006.

Fitger, P, Särtryck ur Rättegångsbalken, kap. 19-28, 36, uppdaterad t.o.m. supplement 57, Norstedts Juridik, 2007.

Lindberg, G, Straffprocessuella tvångsmedel: När och hur får de användas?, 2:a upplagan, Thomson Reuters 2009.

Westerlund, G, Straffprocessuella tvångsmedel: En studie av rättegångsbalkens 24 till 28 kapitel och annan lagstiftning 3:e upplagan, Bruuns bokförlag, 2007.

Artiklar

Björkman, J, Arbogamålet och CSI-effekten, Dagens juridik, publicerad 2009-02-17.

Edelstam, H, Om rättsintyg – några reflexioner med anledning av Socialstyrelsens allmänna råd om rättsintyg vid utredning av vålds- och sexualbrott, Juridisk tidskrift, 1997/98.

Övrigt

JO beslut 1991/92

JO beslut 2003/04

Karnovs kommentarer till Regeringsformen på Internet.

Polisens användning av salivprov för DNA-analys, En genväg till ökad brottsupplärning, Inspektionsrapport 2008:1, Rikspolisstyrelsen.

